Vermächtnis und Auflage im BGB.

Nebst einem Ueberblick über die bisherige Rechtsentwicklung

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Anton Lanwer, Referendar

aus Romsloh i/Oldenburg

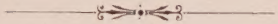
APPROBIERT AM 1. AUGUST 1930

BUCHDRUCKEREI TSCHERRIG, TRÖNDLE & CO., BRIG - 1931

31:286

Vermächtnis und Auflage im BGB.

Nebst einem Ueberblick über die bisherige Rechtsentwicklung



Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Anton Lanwer, Referendar
aus Ramsloh i/ Oldenburg

Approbiert am 1. August 1930

BUCHDRUCKEREI TSCHERRIG, TRÖNDLE & Co., BRIG - 1931

Referent: Geh. Just. Rat Univ. Prof. Dr. B. Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

I.

Wesen und Inhalt von Vermächtnis und Auflage

Einleitung

Jeder Erbfall erzeugt nach bürgerlichem Recht notwendig eine Universalsukzession, d. h. die Nachfolge einer oder mehrerer Personen in die gesamte Rechtstellung des Erblassers, soweit diese überhaupt vererblich ist (§ 1922). Die Universalsukzessoren nennt das Gesetz Erben. «Die Nachfolge der Erben besteht als zwingendes Erfordernis der Rechtsordnung aus Gründen des gemeinen Wohls und der sozialen Ordnung des Rechts» (Endemann [1]).

Die Universalsukzessoren können entweder vom Erblasser frei bestimmt werden [2]) durch Testament (§ 1937) oder Erbvertrag (§ 1941) oder sie werden mangels solcher letztwilliger Verfügungen von Gesetzeswegen zur Erbfolge berufen, wobei dem Erblasser wiederum freisteht, den einen oder anderen der gesetzlichen Erben von der Erbfolge auszuschliessen (zu enterben) ohne diese im übrigen zu ändern (§ 1938).

Daneben hat der Erblasser noch die Möglichkeit, *einzelne* Gegenstände oder Rechte aus seiner Hinterlassenschaft von der Universalsukzession auszunehmen und

[1]) a. a. O. III. 1. S. 674.

[2]) Vorausgesetzt natürlich, dass der Erblasser die vom Gesetz hierfür geforderten persönlichen Eigenschaften besitzt, d. h. das 16. Lebensjahr vollendet hat (§ 2229) und ferner weder geisteskrank (§ 104 2) noch entmündigt ist (§ 104 3).

sie anderen als den Erben zuzuwenden; zwar nicht mit der Wirkung, dass sie wie bei der Universalsukzession unmittelbar kraft Erbfalls dem Begünstigten zufallen, sondern nur dergestalt, dass die Erben mit der Verpflichtung beschwert werden, diese Gegenstände usw. den anderen zu übereignen.

Diese Beschwerung zugunsten anderer als der Erben erreicht der Erblasser in der Hauptsache durch das *Vermächtnis,* wodurch er dem Bedachten gleichzeitig ein Gläubigerrecht gegen den Erben verleiht; ferner auch durch die letztwillige *Auflage,* wodurch allerdings der Erbe oder auch ein Vermächtnissnehmer nur einseitig zugunsten eines Dritten beschwert werden kann, ohne dass der hierdurch Begünstigte einen Anspruch auf Leistung erwirbt.

In vorliegender Abhandlung soll nun das Wesen und die rechtliche Normierung dieser Rechtsinstitute (Vermächtnis und Auflage) einer dogmatischen und vergleichenden Untersuchung unterzogen werden.

I. Das Vermächtnis

Nach BGB § 1939, kann der Erblasser durch Testament oder (gem. § 1941) auch durch Erbvertrag «einen anderen, ohne ihn als Erben einzusetzen, einen Vermögensvorteil zuwenden (Vermächtnis)»[1]).

Die Begriffsbestimmung, die das bürgerliche Recht für das Vermächtnis gibt, ist somit teils positiv, teils negativ fixiert. Das positive Moment liegt in dem Erfordernis der Zuwendung eines Vermögensvorteils, das negative darin, dass der Bedachte nicht zum Erben eingesetzt wird.

a) Das Vermächtnis muss also zunächst immer in der Zuwendung eines *Vermögensvorteils* bestehen. Unter Vermögensvorteil allerdings jeder Vermögensvorteil schlechthin zu verstehen ist[2]), also nicht bloss Zuwendung eines bestimmten Gegenstandes, sondern auch etwa der Verzicht auf eine Forderung oder ein Pfandrecht usw.[3]).

Dass der Erblasser eine Vermögensmehrung des Bedachten gewollt habe, wird zwar in der Regel anzunehmen

---

[1]) Das römische Recht definierte das Vermächtnis als donatio testamento relicta (1. 36 D. de leg. II 31) oder als delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret alicui quid collatum velit (1. 116 pr. D. de leg. I 30) — Koeppen, a. a. O., S. 692 gibt dafür als zusammenfassende Begriffsbestimmung «Ein Vermächtnis ist eine letzwillige einseitige Liberalität aus der Erbschaft, welche ein Honorierter leisten soll, nachdem er das ihm Hinterlassene erworben hat». Unter Liberalität sei nicht notwendig eine donatio im engeren Sinne zu verstehen. — Windscheid glaubt nur eine negative Definition geben zu können, indem er das Vermächtnis als eine Zuwendung von Todeswegen bezeichnet, welche weder Erbeinsetzung noch Schenkung von Todeswegen ist. a. a. O. III § 623.

[2]) Vergl. OLG, Bd. 32, S. 59, wonach «Vermögensvorteil» im weitesten Sinne zu verstehen sei. Vergl. ferner Prot. V, S. 6; Planck, § 1939 Erl. I; Staudinger ebenda Erl. I, 2; Kretschmar, S. 217.

[3]) Näheres über den Vermächtnisgegenstand vergl. S. 65 ff d. Arb.

sein, gehört aber nicht notwendig zum Begriff des Vermächtnisses[1]). Insofern ist das Vermächtnis keine donatio testamento relicta im engeren Sinne des Wortes, da die Schenkung notwendig eine Bereicherung des Beschenkten erfordert. Immer aber liegt in der Vermächtniszuwendung eine willkürliche Begünstigung eines Dritten (Vermächtnisnehmer, Bedachter) seitens des Erblassers. Falls man den Begriff der Liberalität in diesem weiteren Sinne fasst (-Begünstigungsabsicht), liegt eine solche jedem Vermächtnis zugrunde[2]).

Der zugewendete Vermögensvorteil braucht kein dauernder[3]) zu sein. Die Anordnung der Herausgabe der Zuwendung nach Ablauf einer gewissen Frist an einen Nachvermächtnisnehmer steht mit dem Wesen des Vermächtnisses als Zuwendung eines Vermögensvorteils nicht im Widerspruch[4]). Der Vermögensvorteil liegt dann eben in der eventuellen Möglichkeit der allerdings befristeten Nutzung oder Benutzung des vermachten Gegenstandes. Ferner besteht ja auch die Möglichkeit, dass der Nachvermächtnisnehmer wegfalle, worin zweifellos ein Vermögensvorteil zu erblicken ist[5]). Auch braucht das Zuge-

---

[1]) Vergl. Planck, § 1939, Erl. 2; RGRK § 1939, Erl 4; Böhm, S. 132.

[2]) Vergl. Staudinger, l. c.; Dernburg, P. III, § 92; Windscheid, III § 623, Anm. 1 und 5; Crome, S. 379.

[3]) Vergl. Crome, S. 380; Herzfelder i. J. W., S. 2147.

[4]) Vergl. Boehm, S. 132.

[5]) Vergl. RG in J. W. 1910, S. 6, worin dargelegt wird, dass auch ein Vermächtnis, welches durch ein Untervermächtnis in voller Höhe des Zugewendeten belastet ist, wodurch also das Vermögen des Erstvermächtnisnehmers keinerlei Mehrung erfährt, ein echtes Vermächtnis, kein Scheinvermächtnis ist. Mit Recht, denn ein Vermögensvorteil liegt unzweifelhaft in der immer gegebenen Möglichkeit des Wegfalls des Untervermächtnisnehmers. Vergl. auch Crome, Part. Rechtsgesch. S. 531/32, N. 6, 7, 8.

wendete nicht ohne jeden Entgelt dem Bedachten zugedacht sein. Es genügt, wenn ihm der Erblasser einen Vorteil einräumen, ihm um seinetwillen und in seinem Interesse einen Anspruch gegen den Erben geben will. Dass dieser Anspruch dem Bedachten völlig unentgeltlich und bedingungslos zufalle, ist nicht erforderlich.

Das Vermächtnis muss ferner eine Zuwendung aus dem *Nachlass* sein[1]). Es ist stets eine «lex rei suæ dicta» auch dann, wenn das Vermächtnis Gegenstände betrifft, die nicht zum Vermögen des Erblassers gehören. Der Beschwerte wird stets nur mit Mitteln verpflichtet, die er aus dem Nachlass, aus dem Vermögen des Erblassers erhalten hat. Deshalb verfügt der Erblasser (auch beim sogenannten Verschaffungsvermächtnis) immer über sein Vermögen[2]).

Ganz anders liegt es bei dem «*condicionis implendæ causa datum*»[3]). Hier erhält der in der Bedingung Genannte die Zuwendung niemals aus dem Vermögen des Erblassers, mag auch der die Erfüllung der Bedingung Bewirkende hierzu nur durch den Hinblick auf die ihm bei Eintritt der Bedingung zufallende Erbschaft bewogen worden sein.

Der Unterschied der Vermächtniszuwendung von der *Schenkung* ergibt sich klar aus dem Charakter des Vermächtnisses als einseitige, letztwillige, frei widerrufliche Verfügung[4]).

Im Zwecke mit dem Vermächtnis sehr nahe verwandt sind die auf den Todesfall zugunsten Dritter geschlossenen Verträge nach §§ 328 ff B. G. B. In ihrer Wirkung

[1]) Vergl. Staudinger, Vorbem. II zu §§ 1937 bis 1941; Endemann III, § 93, Nr. 6.

[2]) Vergl. Kipp, Erbrecht, S. 326.

[3]) Vergl. Kipp, a. a. O., S. 363.

[4]) Staudinger zu § 1939.

ergibt sich aber als hauptsächlichster Unterschied vom Vermächtnis, dass der begünstigte Dritte unmittelbar aus dem Nachlass erwirbt, dass sich also mit dem Erbfall die Zuwendung vom Nachlass trennt[1]).

b) Die Begriffsbestimmung des Gesetzes gibt ferner ein negatives Merkmal des Vermächtnisses in den Worten «ohne ihn als Erben einzusetzen». Daraus erhellt, dass das Vermächtnis nicht Erbeinsetzung, niemals Begründung einer Gesamtnachfolge ist. Dadurch scheidet die Möglichkeit des *Universalfideikommisses* des römischen und gemeinen Rechts aus[2]). Ein solches ist durch die Nacherbschaft des BGB, welche im römischen Recht wenigstens formell nicht gestattet war, nunmehr auch überflüssig geworden[3]).

Ferner ist das Vermächtnis niemals *Singularsukzession.* Es ist überhaupt keine Nachfolge in das Recht des Erblassers, sondern lediglich die Begründung eines Forderungsrechtes des Vermächtnisnehmers auf Leistung des vermachten Gegenstandes. Die Forderung des Vermächtnisnehmers entsteht erst mit dem Vermächtnisanfall und ist ein Recht anderer Art als das welches der Erblasser hatte, und kann deshalb auch nicht als eine direkte Einzelnachfolge in die Rechtsstellung des Erblassers angesehen werden[4]).

Wird jemanden durch letztwillige Verfügung eine Nachlassquote *(legatum partitionis*[5]*)* zugewendet, so wird

---

[1]) Staudinger, § 2147; J. W. 1917, S. 977. 1918, 128. Kipp, a. a. O., S 326.

[2]) Vergl. hierzu S. d. Arb.

[3]) Vergl. Planck, Bem. 2 zu § 1939.

[4]) Vergl. Mandorpf, S. 2; Binder, Erbrecht, S. 12 II. A. A. Endemann III, 1, S. 20, N. 5.

[5]) Näheres über dies «sonderbare Mittelding zwischen Erbeinsetzung und Legat» (Keller bei Kübler, S. 197) vergl. S. d. Arb.

nach geltendem Recht regelmässig, gemäss § 2087, Erbeinsetzung anzunehmen sein. So immer, wenn ohne nähere Bestimmung einfach eine Quote angegeben ist. Soll aber der Bedachte eine Quote des sich bei Liquidierung des Nachlasses ergebenden Barerlöses erhalten, so liegt ein Vermächtnis vor[1]).

c) Das Vermächtnis begründet nach § 2174 immer nur ein Forderungsrecht gegen den Beschwerten, niemals aber ein dingliches Recht an der vermachten Sache selbst. Das bürgerliche Recht hat im Interesse einer möglichst einfachen und gleichmässigen Regelung des Vermächtnisses und aus Gründen der Verkehrssicherheit (vergl. Traditionssystem und Grundbuchverkehr), ferner im Interesse der Erben und vor allem der Gläubiger des Erblassers, deren Rechte durch den dinglichen Anfall von Vermächtnissen leicht geschmälert werden könnten[2]), das unmittelbar dinglich wirkende sogenannte *Vindikationslegat* des röm. und gem. Rechts beseitigt[3]). Ein Vermächtnis schafft aus-

---

[1]) Vergl. Frommhold, S. 22; Crome, V, S. 378; Boehm, S. 134; Staudinger, Anm. 4, zu § 2087; OLG Bd. 26, S. 337.

Entscheidend ist allerdings der zu ermittelnde Wille des Erblassers, ob nun eine obligatorische Forderung auf eine Anzahl von Erbschaftsgegenständen begründet werden sollte, welche von der Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten frei sein sollten, oder ob der Bedachte als Miterbe gedacht war.

[2]) Vergl. Kohler i. Holtz. Enc. II., S. 181; Mot. V, S. 134 f.

[3]) Im Entwurf I des § 2174 war noch ein Abs. 2 beigefügt, welcher ausdrücklich fesstellte, dass «ein unmittelbarer Uebergang des den Gegenstand des Vermächtnisses bildenden Rechtes» auch dann nicht statt finde, «wenn das Recht zum Nachlass gehört».

Gegen die Abschaffung des Vindikationslegats waren seinerzeit mannigfache Bedenken und Widersprüche laut geworden (so Gierke, Entwurf und deutsch. Recht, S. 515 u. die dort zit. und wohl auch Dernburg, BR. V, S. 206). M. E. mit Unrecht, denn nicht so sehr «doctrinärer Radikalismus», sondern praktische Erwägungen lassen

nahmslos nur ein Gläubigerrecht gegen den Erben, kein jus in re an der vermachten Sache[1]). Diese Bestimmung ist zwingenden Rechts und kann auch durch ausdrückliche testamentarische Bestimmung nicht geändert werden.

Das Vermächtnis lässt sich also, um eine positive Definition zu geben, mit Kipp[2]) als *«die Zuwendung eines Vermögensvorteils von Todeswegen im Wege der Begründung einer Forderung zugunsten des Bedachten (des Vermächtnisnehmers) zu Lasten eines andern (des Beschwerten) bezeichnen»*.

II. Die Auflage

«Die letztwillige Auflage wird nach § 1940[3]) definiert als eine Anordnung von Todeswegen, durch die der Erblasser den Erben oder einen Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichtet ohne einem anderen ein Recht auf diese Leistung zu gewähren»[4]).

---

das Vindikationslegat nicht nur entbehrlich (Sicherung des letzten Willens durch den Testamentsvollstrecker), sondern wegen der leichten Möglichkeit der Beeinträchtigung der Nachlassgläubiger geradezu gefährlich erscheinen (vergl. Mot. V, S. 133).

[1]) Frommhold, § 2174, Anm. 2; Planck ebenda; Strohal I, S. 199; Peiser, S. 112; J. W 1914, S. 956; L. Z. 1918, Sp. 287.

[2]) a. a. O., S. 326.

[3]) Das Gesetz gibt hier, im Gegensatz zur Schenkungsauflage, eine ausdrückliche Begriffsbestimmung der letztwilligen Auflage, da es dem Gesetzgeber (Mot. V, S. 12) geraten schien, «bei der grossen Bedeutung dieses Rechtsinstitutes eine solche zu geben und wenigstens einen der Hauptunterschiede vom Vermächtnis zum Ausdruck zu bringen».

[4]) Das röm. u. gem. Recht enthielt keine eigentliche Definition der letztwilligen Auflage. Der Modus des gem. R. ist etwa als eine einer Schenkung oder einer letztwilligen Verfügung hinzugefügte Bestimmung, durch die dem Empfänger eine Leistung auferlegt wird, zu formulieren.

Auch in dieser gesetzlichen Begriffsbestimmung ist ein positives und ein negatives Moment zu unterscheiden.

a) Positiv ist gesagt, dass ein durch den Erblasser *letztwillig Begünstigter* (Erbe- oder Vermächtnisnehmer) durch eine Auflage zu einer bestimmten Leistung verpflichtet werden kann. Durch die Auflage wird zunächst eine *Pflicht* zur Leistung geschaffen. Sie ist deshalb von Rat oder Bitte (modus simplex, nudum præceptum), welche keine juristische, höchstens moralische Verbindlichkeiten erzeugen, scharf zu unterscheiden. Ausschlaggebend ist hier der aus der letztwilligen Verfügung zu ermittelnde Wille des Erblassers und nicht der blosse Wortlaut der Verfügung [1]).

Das Gesetz gibt, an dieser Stelle (§§ 1940, 2190 ff) keine nähere Umschreibung dessen, was unter *Leistung* zu verstehen sei, man kann also annehmen, dass auch für die durch eine Auflage geforderte Leistung die Legaldefinition des § 241 [2]) massgebend sein soll, dass sie also

---

1. 17 § 4 D. de cond et dem. (35, 1) Quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori, vel opus aut epulum municipibus faceret vel ex eo ut partem alii restitueret sub modo legatum videtur (Gaius).

1. 80 eod Nec enim parem dicemus eum cui ita datum sit; *si* monumentum fecerit, et eum, cui datum est: *ut* monumentum faciat. (Scaevola).

Hiernach würde das Wörtchen ut die Auflage und si die Bedingung kennzeichnen. Doch wird von den Digesten keineswegs konsequent an dieser Kennzeichnung festgehalten. Vergl. Sohm, S. 236; Pernice III, S. 3 f; Dernburg, Pand. I, § 115.

[1]) Vergl. Mot. V, S. 44; Crome, S. 378; Sörgel, Anm. zu § 133; König, S. 25.

[2]) Vergl. Planck, Staudinger und RGRK §§ 1940, 241, ferner Prot V, S. 7, wonach der Begriff Leistung bei der Auflage «im weitesten Sinne zu verstehen ist».

in einem Tun oder Unterlassen[1]) bestehen kann. Was Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein kann, kann auch Inhalt einer Auflage sein; hier wie dort ist nicht erforderlich, dass die Leistung einen Vermögenswert besitze[2]).

Desgleichen ist für den Begriff der Auflage unwesentlich, ob der dem Beschwerten zugewendete Vermögensvorteil ganz oder teilweise dem Auflagezweck gewidmet werden soll oder ob die Zuwendung mit der Auflageleistung in gar keiner Verbindung steht[3]). Die Auflage ist keine lex rei suæ dicta. Dass die Auflageleistung als solche die Zuwendung beschwert, ist nicht erforderlich. Daraus erhellt, dass der Inhalt der Auflage ein sehr verschiedener sein kann, dass er jedem wirtschaftlichen und idealen Zweck dienen kann. Die Auflage kann im Interesse eines bestimmten Dritten oder auch einer unbestimmten noch zu bestimmenden Person, im Interesse der Oeffentlichkeit, im Interesse einer beliebigen Sache, im Interesse des Erblassers und endlich auch im Interesse des Beschwerten[4]) selbst angeordnet werden.

---

[1]) So auch im röm. R. Vergl. fr. 75 § 7 D. 45, 1. «qui id quod in faciendo aut non faciendo incertum stipulari videtur. Vergleiche Windscheid II, § 252, S. 13, N. 2. Für das deut. Priv. R. vergleiche Stobbe III, § 166, S. 71.

[2]) So die weitaus vorherrschende Meinung. A. M. nur Dernburg V, S. 186.

[3]) Vergl. Kliebert, S. 60; Crome, S. 503; Strohal I, S. 260.

[4]) A. M. Boehm l. c. und Endemann, S. 733, welche hier immer einen modus simplex, annehmen. Endemann meint Gegenstand einer obligatorischen Verpflichtung könne immer nur eine Leistung sein, welche ausserhalb der eigenen Interessenssphäre liege. Dem ist zu entgegnen, dass, wenn der Erblasser den Bedachten zu einer Leistung verpflichten will (welche oft das Interesse des Bedachten wohl will, aber diesem selbst vielleicht sehr lästig ist), die entgegengesetzte

Die Auflage ist *eine auf die Zuwendung gelegte Last,* durch die der Zuwendende einen Zweck verfolgt, welcher sich im Verhältnis zur Zuwendung in der Regel als *Nebengeschäft* darstellt. Der alte Rechtsgedanke, wonach der Schenker dem Beschenkten eine gewisse Pflicht als Ausfluss seines Anspruchs auf Dankbarkeit auferlegen kann, ist als Grundlage des Rechtsinstituts der Auflage anzusehen[1]). Die Auflage kann deshalb nur dem Beschenkten oder dem durch letztwillige Verfügung Bedachten (letztwillige Auflage) gemacht werden. In diesem Sinne ist auch der Intestaterbe, dem durch Testament eine Auflage gemacht wird, ein letztwillig «Bedachter»; (auch wenn das Testament nichts als die Auflagebestimmung enthält) denn begünstigt wird er eben durch den stillschweigenden letztwilligen Verzicht des Erblassers auf sein Recht, eine andere als die gesetzliche Erbfolge herbeizuführen. In soweit ist also die erbrechtliche Auflage stets mit einer «Zuwendung» verknüpft[2]). Sie ist eine Verpflichtung zu einer Leistung, welche der Erblasser einem von ihm Bedachten auf Grund seines Anspruchs auf Dankbarkeit auferlegt.

Die Auflage tritt als Neben- oder Zusatzgeschäft zu der an sich fertig abgeschlossenen Erbeinsetzung oder Vermächtnisverfügung hinzu. Sie unterscheidet sich deutlich von der *Suspensivbedingung,* da sie kein Schwebeverhältnis schafft. Der Anspruch auf die Zuwendung besteht vor der Erfüllung der Auflage. Die Wirksamkeit der Auflage tritt erst nach dem Wirksamwerden

---

Interessensphäre eben im Willen des Erblassers liegt. Inwieweit der Erblasser verpflichten und nicht blos beraten wollte, ist natürlich Tatfrage. Vergl. Mot. V, S. 213; Dernburg, BR, S. 242, N. 4; Staudinger, S. 635; Kliebert, S. 18; Saucke, S. 51; Berthold, S. 46.

[1]) Vergl. Kliebert, S. 39 f.

[2]) a. A. Dernburg, BR V, S. 241.

des Grundgeschäfts ein [1]), während bei der Bedingung das Grundgeschäft erst nach Eintritt derselben wirksam wird. Die Auflage ist *eine «absolute Verhaftung*[2]*) zu einer Leistung* und grenzt sich dadurch auch deutlich von der *Resolutivbedingung* ab, einmal, weil sie grundsätzlich das Hauptgeschäft in seiner Wirksamkeit nicht berührt (vergl. a. § 2085) und ferner, weil sie als eine «Verhaftung des Bedachten» eine Verpflichtung zur Leistung, auf die geklagt werden kann, erzeugt, welches bei der Bedingung nie der Fall ist [3]).

Eine Auflage kann einem *Dauerzweck* [4]) gewidmet sein und kann ferner die Zuwendung, die ihr zugrunde liegt, völlig ausschöpfen [5]). Eine Auflage dieser Art weist in ihrem Endzweck grosse Aehnlichkeit mit der *Stiftung* auf. Der wesentliche Unterschied zwischen der Stiftung des BGB (§§ 81 ff) und einer solchen Auflage liegt in der Konstruktion der Stiftung als selbständige juristische Person. Die Stiftung will ihre Funktionen durch Neugründung einer juristischen Persönlichkeit, indem sie das Stiftungsvermögen verselbständigt, vollziehen, während die Auflage eine dritte schon vorhandene Person [6]) zu einer Leistung verpflichtet, welche stiftungsähnlichen Charakter

[1]) Die Bedingung suspendiert, aber zwingt nicht. Der Modus zwingt, suspendiert aber nicht (Savigny). Ist in praxi zweifelhaft, ob ein Modus oder eine Bedingung vorliegt, so wird das Vorliegen einer Auflage als der geringeren Beschränkung zu vermuten sein. (So schon bspw. Bay. Landrecht III, § 11, N. 3.)

[2]) Endemann III, 1, s. 726.

[3]) Vergl. Staudinger, § 1940 und insb. Kliebert, S. 64 ff.

[4]) Kipp, Erbrecht, S. 360; Kohler, Bürg. R., S. 183; Prot. V., S. 244.

[5]) Vergl. Saucke, S. 71.

[6]) Welche dann des Dauerzweckes wegen regelmässig eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder doch wenigstens eine juristische Person sein wird.

haben kann. Eine derartige Auflage dürfte dann der Inhalt einer sogenannten *fiduziarischen Stiftung* erfüllen [1]). Wobei allerdings zu beachten ist, dass bei der Zuwendung unter Auflage das Zugewendete stets in das Vermögen des Auflagebeschwerten fliesst und mit diesem eine rechtliche Einheit bildet. Soll das Zugewendete vom eigenen Vermögen des Bedachten rechtlich getrennt bleiben, vor allem also dem Zugriff der Gläubiger desselben entzogen sein, so liegt keine Auflage vor; aber auch keine Stiftung, deren selbständiges Vermögen eben mit juristischer Persönlichkeit begabt ist. Wird der Begriff der fiduziarischen Stiftung auf das zuletzt geschilderte Rechtsgeschäft beschränkt [2]), so hat die letztwillige Auflage mit einer fiduziarischen Stiftung nichts zu tun, da sie kein Sondervermögen erzeugen kann.

b) In der negativen Formulierung der gesetzlichen Begriffsbestimmung des § 1940 ist als für die Auflage wesentliches Charakteristikum gegeben, dass der Verpflichtung zur Leistung *kein subjektives Recht auf die Leistung* gegenübersteht, auch dann nicht, wenn in der Auflage ein bestimmter Leistungsempfänger bezeichnet ist. Die Auflage ist deshalb nie eine letztwillige Zuwendung [3]), weil sie dem etwaigen Begünstigten kein selbständiges, klagbares Recht auf die Leistung, kein Gläubigerrecht, einräumt. Damit nun aber die Erfüllung der Auflage nicht

---

[1]) So Endemann III, 1, S. 731. Die fiduzarische Stiftung ist im BGB nicht ausdrücklich geregelt, doch wurde die Möglichkeit der Errichtung einer solchen bei der Beratung des Gesetzbuches ausdrücklich anerkannt. Vergl. Prot. II, S. 34, V, S. 7; Kohler, a a. O., S. 183; Kliebert, S. 82 ff; König, S. 26.

Ueber Auflage als fiduziarische Stiftung vergl. L. Z. 1918, Sp. 268; RG. Z, Bd. 96, S. 15 ff; Saucke, S. 33.

[2]) Vergl. Schultze, Treuhänder i. gelt. R., S. 33.

[3]) Vergl. Prot. V, S. 7, S. 31.

etwa ausschliesslich der bona fides, dem guten Willen des Beschwerten überlassen sei, gibt das Gesetz gewissen Personen (§ 2194) das Recht, die Leistung durch Klage zu erzwingen[1]). Zu diesen Personen gehört aber niemals der durch die Auflage Begünstigte.

III. Die wesentlichen begrifflichen Unterschiede zwischen Vermächtnis und Auflage [2])

Die rechtlichen Berührungspunkte und die Unterschiede zwischen Vermächtnis und letztwilliger Auflage sind aus der oben gegebenen Begriffsentwicklung nunmehr klar erkennbar.

Vermächtnis und erbrechtliche Auflage sind beide letztwillige Verfügungen, durch die ein erbrechtlich Begünstigter beschwert wird. Beide erzeugen echte Nachlassverbindlichkeiten [3]) (§ 1967 II), welche grundsätzlich derselben gesetzlichen Regelung was Rang, Haftung usw. angeht, unterliegen (vgl. §§ 1967 III, 1973 I, 2, 1974 II, 1980 I, 2, 1991 IV, 2217 II) [4]). Vom Standpunkt des Belasteten aus berühren sich Vermächtnis und Auflage demnach sehr nahe.

Desgleichen unterliegen Vermächtnis und letztwillige Auflage bei ihrer Errichtung [5]) derselben gesetzlichen Regelung. Beide können nur durch Testament oder Erbvertrag errichtet werden, und können den ausschliesslichen Inhalt eines Testamentes oder eines Erbvertrages bilden.

Wesentliche Unterschiede aber zeigen Vermächtnis und Auflage in der Begrenzung ihres Inhalts. Hier ist der

[1]) Näheres vergl. S. ff der Arb.

[2]) Vergl. hierzu auch Dernburg, BR V § 87, S. 244.

[3]) Vergl. Endemann III, 1, S. 727.

[4]) Nachlassverbindlichkeiten sind Vermächtnis und Auflage natürlich nur dann, wenn sie einem Erben (nicht einem Vermächtnisnehmer) auferlegt wurden.

[5]) Vergl. S. ff d. Arb.

Auflage ein weit grösserer Spielraum eingeräumt. Das Vermächtnis ist Zuwendung eines Vermögensvorteils aus dem Vermögen des Erblassers. Inhalt der Auflage dagegen kann jede rechtlich zulässige Leistung sein, welche möglicherweise überhaupt keinen Vermögensaufwand erfordert und mit dem Nachlass als solchen in gar keiner Beziehung steht.

Der grundlegende Gegensatz aber zwischen Vermächtnis und Auflage ergibt sich vom Standpunkt des Begünstigten aus gesehen. Der Begünstigte ist beim Vermächtnis Gläubiger, während er bei der Auflage keinerlei Forderungsrechte besitzt. Dem Auflageempfänger wird nichts zugewendet [1]). Der Destinatär der Auflage ist nicht Subjekt sondern Objekt, er erhält die Vorteile nicht als Berechtigter, sondern als der zur Zweckerfüllung bestimmte und benutzte Passivbeteiligte [2]). Bei der Auflage ist ein bestimmter Leistungsempfänger überhaupt nicht erforderlich. Es braucht bloss der Zweck der Leistung bestimmt zu sein. Die Auswahl des Begünstigten (welcher auch eine Sache sein kann), kann einem anderen überlassen werden. Dem Vermächtnis dagegen ist der Dritte (Vermächtnisnehmer) als Träger des obligatorischen Rechts wesentlich.

Das Recht aus dem Vermächtnis ist (gem. 2162) zeitlich beschränkt, verzichtbar (§ 2180) übertragbar und vererblich [3]). Dagegen kann die Auflage einem Dauerzwecke [4]) dienen; eine zeitliche Begrenzung ihrer Wirksamkeit ist durch das Gesetz nicht vorgeschrieben [5]). Ferner kann der etwaige Begünstigte, da ihm kein sub-

[1]) Vergl. Crome V, S. 502; Strohal I, S. 38 N. 7; Dernburg, BR. V, S. 246.

[2]) Endemann III, 1, S. 726.

[3]) Vergl. Kliebert, S. 76 f, König, S. 50 ff.

[4]) Vergl. der Arbeit.

[5]) Vergl. Prot. V, S. 241 bis 243; Planck, § 2192, Erl. I, 3.

jektives Recht zusteht, die Leistung wohl zurückweisen, jedoch nicht wirksam auf sie verzichten. Der Anspruch aus der Auflage (gem. § 2194) ist niemals ein materielles Forderungsrecht und kann demnach nicht übertragen, gepfändet, erlassen, vererbt werden[1]).

Zusammenfassend lässt sich demnach beim Vergleich von Vermächtnis und letztwilliger Auflage im allgemeinen sagen, dass beide als letztwillige Beschwerungen eines erbrechtlich Bedachten, als Nachlassverbindlichkeiten aus einer Verfügung von Todeswegen nahe miteinander verwandt sind, und von diesem einheitlichen Gesichtspunkte aus betrachtet auch einheitlicher gesetzlicher Regelung unterliegen.

Man kann die erbrechtliche Auflage als «vermächtnisähnliche Verfügung»[2]) oder auch das Vermächtnis als «obligatorische Auflage»[3]) bezeichnen. So wurde auch in den Motiven[4]) ernstlich erwogen, ob nicht das Vermächtnis dem allgemeineren Begriff der Auflage eventuell zu subsumieren sei. Eine Erwägung, der allerdings (und m. E. mit Recht) nicht stattgegeben wurde, denn Vermächtnis und erbrechtliche Auflage sind zwar verwandte Rechtsbegriffe, weisen jedoch in ihrer Wirkung, in ihrem Umfange wesentliche rechtliche Unterschiede auf und dienen ja auch ganz verschiedenen Bedürfnissen und Zwecken, sodass es m. E. bedenklich wäre, den einen oder anderen Rechtsbegriff zum gemeinsamen Oberbegriff erheben zu wollen, vielmehr aus formal juristischen wie aus praktischen[5]) Gründen eine reinliche Scheidung beider Institute durchaus geboten erscheint.

[1]) Vergl. Crome, V, S. 502.
[2]) Vergl. Windscheid-Kipp, III, S. 685; Dernburg BR V, S. 244.
[3]) Vergl. Brinz IV, S. 233.
[4]) Mot. V, S. 10, S. 211.
[5]) Vergl. auch Mot. V, S. 32.

II.

Ueberblick über die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Vermächtnisses und der letztwilligen Auflage

Vorbemerkung

Die Zuwendungen aus dem Nachlass und die Beschwerungen des Erben durch letztwillige Verfügungen verdanken ihre Zulassung im deutschen Recht dem allmählichen Eindringen des römischen und kanonischen Rechts. Massgeblichen Einfluss auf diese Entwicklung nahm die Kirche, welche in Anlehnung an altdeutsche Rechtsinstitute und durch Umwandlung derselben die Vergabungs- und Testierfreiheit schrittweise durchsetzte, da ihr eine solche in erster Linie zugute kam. Letztwillige Verfügungen widersprachen aufs schärfste der altdeutschen Rechtsauffassung, wonach die Erbfolge für den gesamten Nachlass[1]) ein für allemal feststand. Um die Entwicklung des altdeutschen Vermächtnisrechts zu schildern, musste Verfasser zunächst notwendig einen Ueberblick über die gesamte Erbrechtsentwicklung geben, an deren Ende zu Ausgang des Mittelalters eine allerdings beschränkte Vermächtnisfreiheit steht.

[1]) Der Nachlass teilte sich in Sondervermögen (Gewätte, Gerade usw.) in die aber jeweils eine Gesamtnachfolge stattfand (Spezial- aber nicht Singularsukzession).

Die Entwicklung des Vermächtnisrechts im deutschen Privatrecht vor der Rezeption

a) Uebersicht über die erbrechtliche Entwicklung im allgemeinen

«Solus Deus heredem facere potest», «Gott, nicht der Mensch macht den Erben»[1]). Dies war der fundamentale Grundsatz des altdeutschen Erbrechts. Die germanische Rechtsanschauung sah als prinzipalen und einzigen Delationsgrund die Blutsgemeinschaft an, dergestalt, dass sich aus dem Familienrecht das Erbrecht ergibt[2]).

Das Erbrecht war Verwandtschaftsrecht. «Das germanische Recht wurzelt in einer Anschauung, nach welcher das Vermögen nicht so sehr Invidualvermögen als Hausvermögen ist, nach welcher daher schon bei Lebzeiten des Hausherrn auch den übrigen Gliedern des Hauswesens ein gewisses Anrecht am Vermögen zugeschrieben wird, nach welcher beim Tode des Hausherrn nicht ganz neue Rechte entstehen, sondern vorhandene Rechte der Hausgenossen sich steigern»[3]).

Folglich konnte der Erblasser grundsätzlich nicht willkürlich durch letztwillige Verfügungen die rechtlich feststehende Erbfolge ändern oder auch nur das Schicksal eines Teils der Erbmasse bestimmen[4]).

---

[1]) Vergl. Schröder, S. 73 ff; Hüner, S. 613 ff; Stolle V, S. 1 ff; Gierke b. Holtzh. I, S. 293.

[2]) Diese urgermanische Anschauung hat sich noch bis heute bei der ländlichen Bevölkerung erhalten. Testamente sind bei Bauern selten. «Wer will wohl und selig sterben, der lasse sein Gut den rechten Erben.»

[3]) Gierke i. Z. R. G. 1876. Erbrecht und Vicinenrecht im Edikt Chilperichs, vergl. auch Heusler, a. a. O., S. 526; Wieland, Erbrecht und Akkrescenzrecht, Festschr. f. Cohn 1915.

[4]) Vergl. Kohler in Holtz. Enc., S. 181.

Der Tod eines Hausgenossen gab im altdeutschen Recht den übrigen Mitgliedern der Hausgemeinschaft eine unentziehbare Anwartschaft[1]) auf das Erbe. Ja, zunächst durfte der Erblasser (mit Ausnahme des sog. Freiteils, einer Quote der beweglichen Habe[2]) über sein Gut nicht einmal zu Lebzeiten frei verfügen (sog. *älteres formelles Wartrecht*[3]). Später wurde zwar die Fahrnis aus dem gebundenen Erbverhältnis losgelöst. Gegen die Veräusserung von Immobilien aber stand den Erben ein das Erbe unmittelbar dinglich verstrickendes *Beispruchs*recht zu. (*Jüngeres materielles Wartrecht,* vergl. bes. deutlich die Lex Saxonum c. 62.) Das Beispruchsrecht versagte nur im Falle echter Not[4]).

Für den Todesfall waren, «weil Veräusserung und Erwerb zusammenfallen müssen und der Tote nicht mehr veräussern kann»[5]) jegliche Verfügungen, auch über die bewegliche Habe, unbekannt und nicht gestattet. Auch Schenkungen auf dem Siechbette, d. h. wenn der Erblasser nicht mehr im Vollbesitze seiner körperlichen Kräfte war, waren nach Sachsenspiegel[6]) und sogar noch nach Magdeburger Schöffenrecht nicht zulässig. Es galt als unbillig, dass der Sterbende von der Habe, die er ja nun doch nicht mehr brauchte («so er selber nicht mehir gebruchen mag» Magd. 1. 12. d. 2) verschenkte und so die Anwartschaft der Erben schmälerte[7]).

---

[1]) «Verfangenschaft des Hausvermögens». Huber.

[2]) Boden, Altnorweg. Stammgüter Z. S. St.

[3]) Gegen das Wartrecht als den *ursprünglichen* Zustand des germ. Rechts vergl. R. Ficker Erbenfolge, dafür u. a. Brunner in Festgabe für Dernburg. Bln. 1900, S. 39 ff.

[4]) So noch z. Zt. der Rechtsbücher. Vergl. Ssp. I, 52, 1 und Kaiserrecht II. 12.

[5]) Heusler, a. a. O., S. 526.

[6]) Ssp. I. 52, 2.

[7]) «Wenne wer sin gut vorgabt zu der zit, also er is selber nicht

Siechtum und Tod setzten allen Rechtsgeschäften eine Grenze. Alle Verfügungen, die über diese Grenze hinausgingen, waren unwirksam. «Der Tote (resp. Sieche) kann nicht mehr veräussern, sondern muss Gott walten lassen» [1]).

Diese germanische Anschauung von der Unmöglichkeit letztwilliger Verfügungen, die im Gegensatz zur ältesten römisch-rechtlichen Uebung stand [2]), wird auch von Tacitus Germ. c. 20 ausdrücklich hervorgehoben «Heredes tamen successoresque sui cuique liberi et nullum testamentum, si liberi non sunt; proximus gradus in possessione fratres patrui, avunculi».

Wie schon betont, war das altdeutsche Erbrecht (wie überhaupt im wenig entwickelten Rechtszustande [3]) nur ein Teil des Familienrechts. Erbrechtliche Sonderzwecke

---

genuzen mag, so vorgibt er nicht das sin ist, sunder er vorgibt das, das der ist, die is von im wartende sin» (Gloss. zu Weichbart. 64); Stobbe V, S. 185; vergl. a. v. Amira, Grdr., S. 204.

[1]) Vergl. Schröder, a. a. O., S. 73.

[2]) Lex XII. Tab . . . «uti legassit super pecunia tutelave suæ rei ita jus esto».

Doch ist hierzu zu bemerken, dass auch im ursprünglichen röm. Recht nach der allgemeinen Ansicht der neueren Romanistik der Erblasser keine völlige Testierfreiheit gehabt hatte (Sohm, S. 586; Kübler, S. 58) und dass die zit. Vorschrift der XII. Tafel die Testierfreiheit wohl auf die «res nec mancipi» beschränkte. Lenel (vergl. Zit. bei Kübler, S. 59) glaubt, dass das altrömische Komitialtestament stets nur Legatentestament gewesen sei. Ein zwingender Beweis hierfür wurde nicht erbracht. M. E. durfte auch schon im Komitialtestament der Erblasser, der keine «sui heredes» hatte, mittels adrogatio (Adoptionstestament) eine Erbeinsetzung vornehmen. (Vergl. Sohm, S. 585 ff; Kübler, S. 61; Jörs, S. 224.)

[3]) Vergl. Jos. Kohler, Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte i. Holtzd. Enc. 1915, S. 25; Schönfeld, Die Vollstr. der Verfügungen von Todeswegen. Z. S. St. G. A. Bd. 42, S. 240 ff; Heusler II, S. 526; Pappenheim, Launegild usw., S. 65.

mussten deshalb auch auf familienrechtlichem Wege versucht werden. Die Unmöglichkeit, ausserhalb der gesetzlichen Erbfolge jemanden zum Erben zu bestimmen (oder auch nur ihm etwas zu vermachen), zwang den Erblasser seinen Erben zu adoptieren[1]), (sei es später auch nur zum Schein in Anlehnung an überkommene Rechtsbräuche ohne familienrechtliche Wirkung) und ihn so zur gesetzlichen Erbfolge berufen[2]). Auf diesem Umwege, der zunächst nur dem Erbenlosen offen stand, konnte unter gewissen Voraussetzungen[3]) eine Erbe gekoren werden.

Eine solche «adoptio in hereditatem» finden wir im fränkischen Recht in der Affatomie[4]) (lex Salica 46, lex Ripuaria 48[5]) und in den longobardischen leges im Gairethinx[6]).

---

[1]) Als primäres Motiv der Adoption nimmt Schönfeld S. 249/50 die germ. Ueberzeugung von dem Fortleben im Jenseits an. Damit der Erblasser jemanden habe, der ihm nach seinem Tode die Totenopfer spende (vergl. a. Binder, Erbrecht, S. 72), adoptierte er. Ueber diese künstliche Verwandtschaft und die allmähliche Umwandlung der Affatomie und des Gairethinx von einem familienrechtlichen Institut zu einem erbrechtlichen und sachenrechtlichen vergl. besonders Pappenheim: «Ueber künstliche Verwandtschaft im deutschen Recht» Z. d. S. St. G. A. 29, S. 316 ff.

[2]) Verbürgt ist uns dies für das fränkisehe und longobardische Recht (s. u.). Für andere deutsche Stämme ist es uns nicht genügend nachgewiesen. Falls jemand ohne erbfähige Nachkommen (erbfähig waren in ältester Zeit nur die männl. Nachkommen vom Mannesstamm) starb, erwarb eben die Sippe oder sogar die Dorfgenossen (die Vicinen) das Erbe, vergl. Gierke Z. R. G. 1876 «Erbrecht und Vicinenrecht usw.».

[3]) Consens des Umstandes.

[4]) Ueber die Bedeutung des Wortes vergl. Heusler II, S. 621. Symbolische Aufnahme in den Schoss, Busen (fathum) der Familie. Aehnl. Schröder, S. 347 ff; Stobbe V, S. 170 ff; Pappenheim, Z. S. St. 29, S. 320.

[5]) Si quis procreationem filiorum vel filiarum non habuerit . . . cuicumque libet de proximis vel extraneis adoptare in hereditatem vel adfatimi . . . licentiam habeat.

[6]) So genannt nach der Form des Abschlusses, Ueberreichung

Das Gairethinx [1]) ist ein «heredem instituere», welches nur gestattet ist, «wenn gewisse dem nächsten Erbenkreise Angehörige nicht vorhanden sind» [2]).

Nulli liceat sine certas culpas filium suum exhereditare nec quod ei per legem debetur aliis thingare» [3]).

Die Stelle bei Rothari «Ipse autem, qui garethinx susceperit ab alio.... habeat in diem obitus sui licentiam in suum dominium recollegere» — und ferner «.... minus nec maius nisi quantum ei creditum est ...» und vor allem «si ... *aliquid de res* [4]) ei per legem thingaverit, habeat *ipsa res* [5]) scheint mir mit „aller Deutlichkeit", wie Pappenheim [6]) mit Recht hervorhebt, zu beweisen, dass es wenigstens seit Rothari (643 n. Chr.), im langobardischen Recht möglich war, auch einen *Teil* seines Vermögens zu vergaben, ja gewisse Gegenstände solchen Personen, denen ein gesetzliches Erbrecht nicht zusteht, mittels Gairethinx zuzuwenden, also praktisch das Ergebnis einer Vergabung oder eines Vermächtnisses zu erzielen, dass also durch das Gairethinx als

---

eines Speers (ger) vor dem Ding durch einen Speerbürgen (gisel) (welch letzterer bei der sachenrechtlichen Umwandlung des Instituts zum Salmann würde). Vergl. Schwerin, S. 316.

[1]) Verfasser folgt hier in der Hauptsache den Anführungen Pappenheims i. «Launegild und Garethinx» u. i. d. G. S. St. G. A, Bd. 22, S. 480 ff.

[2]) Später finden wir aber wie bspw. ein Vater, der obwohl er erbberechtigte Söhne hat, trotzdem seinem unehelichen Sohne «*aliquid* thingare» kann. Hier also erhält in einem Ausnahmefall das Garethinx schon den Inhalt einer erbrechtlichen *Einzel*verfügung.

[3]) Roth. c. 168.

[4]) Roth. c. 156.

[5]) Roth. c. 157.

[6]) Z. S. St. G. A. 22, S. 383.

einem ursprünglich familienrechtlichen Institut sich reine erb- und vermögensrechtliche Zwecke[1]) erreichen liessen[2]).

Allerdings ist zu betonen, dass grundsätzlich und in den weitaus meisten Fällen, die Thingatio eine Vergabung des gesamten Vermögens an den Thingatus war.

Durchbrochen wurde die Strenge des älteren Erbrechts zunächst durch das Aufkommen des *Freiteils*[3]), das ist eine Quote des Vermögens des Erblassers über die von diesem frei verfügt werden konnte. Der Freiteil kam in Weiterbildung des altgermanischen Toten «teils»[4]) auf. Dem Toten gebührte nämlich eine «Quote»[5]) (?) des

[1]) Vergl. a. Heusler II, S. 624.

[2]) Jedoch ist hierbei nicht zu verkennen, dass trotz der bedeutenden und selbständigen Entwicklung des longobardischen Rechts der Einfluss des röm. Rechts auf die longobardische Rechtsübung sich schon stark bemerkbar machte und zwar im praktischen Leben wahrscheinlich noch mehr als in den Edikten der longobardischen Könige

[3]) Freiteil, ein Teil des Vermögens, der durch das Wartrecht der Erben nicht gebunden war. Die Höhe des «Freiteils» war in den einzelnen Rechten verschieden berechnet, so als bestimmte Quote (Bsp.: «De qua tertia parte liberam habebit disponendi facultatem (Glanvilla bei Rietschel ZRG. 32; vergl. auch Huber IV, S. 614) oder als Sohneskopfteil (Bsp.: «als siner Chinde einem gevallen mack ze rehtem taile». Augsburger Stadtbuch b. Rietschel l. c. Häufig ist die freie Verfügung auch auf Erworbenes (im Gegensatz zum Ererbten) beschränkt (so Magdeb. Stadtrecht).

[4]) So die herrschende Lehre (Brunner, Rechtsg. b. Holtzd. Enc. I, S. 148. Schröder, S. 77, vergl. aber auch Anmerkung 73 ebd. Hübner, S. 656; Planitz, S. 149, so auch wohl Gâl: «Totenteil u. Seelteil» Z. S. St. G. A. 29, S. 225 f). Zahlreiche neuere Untersuchungen versuchen darzutun (Schultze Z. S. St. 35, S. 90 ff; Rietschel Z. S. St. 32, S. 297 u. a.), dass der Freiteil einer neueren vom Totenteil (besser Totengabe) unabhängigen Entwicklung seine Existenz verdankt, sodass auf Grund kirchlichen Einflusses der Freiteil als gänzlich neues Prinzip im deutschen Rechte auftritt.

[5]) Vergl. Brunner, Z. S. St G. A 19, S. 107 ff. Anderer Ansicht (und wohl zutreffend) das neuere Schriftum so: Rietschel, Z. S. St.

beweglichen Vermögens, vornehmlich Dinge, die zu dem persönlichen Gebrauch des Verstorbenen dienten. Dieser Totenteil wurde dem Verstorbenen teils ins Grab mitgegeben, teils zur Bestattungsfeierlichkeit verwendet [1]). Nach Annahme des Christentums übernahm die Kirche die «Sorge für den Toten im Jenseits» und schuf in Anlehnung an die Totengabe und als Ersatz derselben das *Seelgeräthe* [2]). Es wurde die Totengabe (oder später der Wert derselben) der Kirche übergeben, damit durch diese fromme Spende die Seele des Verstorbenen sich Verdienste erwerbe. Der Name Seelgeräth, Armsêlgiraet, Seelding, Seelteil bezeichnet deutlich, dass das Seelgeräthe zunächst nicht so sehr als Vergabung (donatio pro anima, testamentum animae) an die Kirche, sondern als

---

G. A. 32, S. 290; Schönfeld, Z. S. St. 47, Bruck, Totenteil u. Seelgeräthe im griechischen Recht Hiernach handelt es sich beim Totenteil nicht um einen bestimmten *Teil*, der dem Verstorbenen ins Grab mitgegeben würde, sondern um ganz bestimmte Gegenstände des Nachlasses. Die Bezeichnungen Deads part, partie an mort, pars defuncti bezeichnen eben gar nicht das, was in der heutigen wissenschaftlichen Terminologie Totenteil genannt werde, sondern das, worüber der Tote frei verfügen könne, eben den Freiteil, welcher zwar häufig von der Kirche gänzlich als Seelengabe in Anspruch genommen worden sei. Dem schliesst sich auch Endemann, Erbr. I, Seite 145, an.

[1]) Oder mit der Leiche verbrannt. Vergl. Tacitus Germ. c. 27 «sua cuique arma quorundam igni et equi adicitur».

[2]) Das Seelgeräthe hat sich nicht aus der Totengabe entwickelt, sondern ist von der Kirche anstelle derselben gesetzt worden. Der Kirche war das Seelgeräthe schon vor der Berührung mit den Germanen bekannt und bspw. bei den Christen der hellenistischen Zeit schon in Uebung.

Vergl. a. Augustinus sermo 68 c. 13. Fac locum Christo cum filiis tuis. Accedat familiæ tuæ dominus tuus . . . Si habeas duos filios fac Christum tertium usw. In Anschluss hieran Decr. Grat. c. 8, C 13, qu 2. Vergl. Schultze, Z. S. St. G. A. 35 1. c.; Fehr, Z. S. St. Kan. A 6, S. 432.

«Ausstattung der Seele» für das Jenseits gedacht war[1]), die dem Toten, wie ehedem die Totengabe, zukomme. So wird noch im Schwabenspiegel das Seelgeräthe nicht bloss als Recht des Toten, sondern als Pflicht der Erben bezeichnet[2]). Das Seelgeräth war zu entrichten, auch wenn der Tote hierüber nichts bestimmt hatte[3]).

Die Seelgeräthe sind für die Entwicklung des Testaments und Vermächtnisrechts in Deutschland m. E. von erheblicher Bedeutung. Die Kirche setzte zunächst hier durch, dass der Erblasser einen gewissen Teil seines Vermögens frei vergaben konnte. Die Entwicklung von der zweiseitigen Vergabung zur einseitigen letztwilligen Seelgerätsbestellung war dann nur mehr ein kleiner Schritt, der bald getan wurde[4]).

Zunächst gelang es hier, die Zulassung der Vergabungen auf dem Todbette zu erreichen[5]). So heisst es schon im Wormser Dienstrecht (1024) § 11 (28) Si quis in lectum aegritudinis ita inciderit ut equitare aut per se

[1]) Huber, a. a. O., IV., S. 616.

[2]) Die nechsten erben soln daz gut nemen und der sele ir teil geben.

[3]) In französischen Urkunden finden wir sogar häufig das Selgeräthe mit den Begräbnisgebühren verquickt (in pretium sepulcri). Es liegt nahe, dass das Seelgeräth, das ohne Bestimmung des Erblassers zu entrichten war, sich leicht in der Richtung der Entwicklung eines kirchlichen Pflichtteilsrechts oder, vom öffentlich-rechtlichen Standpunkt betrachtet, einer Erbschaftssteuer fortbildete. Vergl. hierzu Schultze, Z. S. St. G. A. 35 u. 38.

Brunner i. Festschrift für Martitz 1911.

[4]) So finden wir schon früh Seelgeräthe, welche durch einseitiges Versprechen, durch «Auftrag» an die Erben bestellt werden, so besonders wenn die Zeit drängte. Vergl. Schultze Z. S. St. G. A. 35, S. 103 und die dort zit., ferner Heusler II, S. 643.

[5]) Hiergegen noch Sachsenspiegel I. 52. 2, weshalb diese Bestimmung auch päpstlicherseits (von Gregor XI. 1374) reprobiert wurde.

ambulare non possit, alienare non poterit nisi pro anima sua aliquid inde dare libuerit [1]).

Im siebten und achten Jahrhundert kamen die «*donationes post obitum*» [2]) auf, welche ihre Entstehung derselben frommen Sorge um das Seelenheil verdanken. Durch sie werden zunächst Liegenschaften veräussert. Die donatio post obitum ist ursprünglich ihrem rechtlichen Charakter nach ein echtes Geschäft unter Lebenden in der Form einer suspensiv bedingten Investitur [3]), (præsens praesenti dat) und bezeichnet sich selbst in der Urkunde als «donatio irrevocabilis inter vivos». Sie wurde im fränkischen Recht durch die «traditio cartæ donationis» vollzogen, in den übrigen deutschen Rechten erfolgte sie gewöhnlich durch feierliche Vergabung vor «gehegtem Ding». Sie war grundsätzlich der Genehmigung der Erben [4]) unterworfen, welche in den Vergabungsurkunden [5]) immer wieder ausdrücklich betont wird. Das Beispruchsrecht verschweigt sich binnen Jahr und Tag.

Wie betont, werden durch die donationes post obitum zunächst Grundstücke vergabt an Kirchen, Klöster, Heilige

---

[1]) Bsp. bei Stobbe V, S. 205. Ebenso Ed. Liutpr. 6 (vergleiche Planitz, S. 179).

[2]) Vergl. hierüber Hübner, Die don. p. obitum. u. Schönfeld, Die Vollstreckung der Verfügungen von Todeswegen, § 2. Z. d. S. St. 42, S. 252 ff; ferner Ehrenzweig a. a. O., S. 630.

[3]) Vergl. Hübner, Pr. R., S. 657.

[4]) Dieses Erbenwartrecht, das freilich immer mehr, je mehr sich das Erbrecht von der dinglichen Bindung befreit, «zusammenschrumpft» (Schönfeld), ist unstreitig in sächsischen und süddeutschen Rechten noch gegeben. Vergl. Huber, a. a. O. IV, S. 609, 611; v. Freitagh-Loringhoven, Z. S. St. G. A. 28; v. Amira. Grdr., S. 197; Brunner, Festgabe f. Dernburg 1900, S. 41; dagegen (wenigstens für das fränkische Kapitularienrecht) Meyer-Homburg, Beseler.

[5]) Bsp. b. Schönfeld, a. a. O., S. 267 ff; ferner Bartzsch, Festgabe für v. Amira, S. 17 ff.

usw. (tradimus ut post obitum meum . . . hereditas mea pro me et meis «hereditas» fit sanctorum). Später werden auf diese Weise auch Fahrnis und Fahrniskomplexe vergabt und zwar nicht mehr blos für kirchliche Zwecke, sondern auch an Weltliche[1]). Desgleichen finden wir auch (allerdings selten) den Vorbehalt des Widerrufes («hoc etiam adiecto quod dictam legationem (!) penitus revocare sive annullare potero»[2]). Hiermit war man faktisch bei der Zulassung eines Legates angelangt, die Mittel waren noch sachenrechtliche, Zweck und Funktionen dagegen rein erbrechtliche[3]).

Die Vergabungen post obitum finden wir im späteren Mittelalter unter dem Namen «Geschäffte», «Gemächde», «Gelübde»[4]) als Schenkungsverträge, die sich auf Immobilien und Fahrnis erstrecken und die mit jedem Beliebigen geschlossen werden können.

Die Art der Gemächde ist verschieden, teils sind es Auflassungen an einen Mittelsmann, Salmann, der nach dem Tode des Erblassers das Vermachte dem Bedachten

[1]) Dies gestattet schon ein Kapitulare Ludwig des Frommen, in dem es heisst . . . ut omnis homo liber potestatem habeat, ubicumque voluerit res *suas* (suas bezieht sich auf die portio sua, den Freiteil (bestr.) dare pro salute animæ suæ . . . vel *cuilibet alteri* . . . (vgl. Meyer-Homburg S. 356 N 199). Wir finden in spätfränkischen Urkunden solche Vergabungen einzelner Sachen noch als «adfattimum» bezeichnet (bsp. Rogiere Nr. 168 zit. b. Heusler). In der Tat übernimmt die donatio post obitum «von der Affatomie ihr reichliches Teil», so den Mittelmann u. die bis zum Tode aufgeschobene Wirkung. (Schönfeld a. a. O., S. 257). Sie ist allerdings vom familienrechtlichen zum rein sachenrechtlichen Institut umgewandelt, dient aber wie die Affatomie der Verwirklichung erbrechtlicher Zwecke. Vergl. Heusler II, S. 628.

[2]) Bsp. b. Schönfeld, l c, S. 259, Note 6.

[3]) Vergl. Schönfeld, l c, S. 277.

[4]) Schröder, a. a. O , S. 775; Hübner, S. 659; Planitz, S. 149 (vorwiegend in Süddeutschland so genannt).

weiter auflassen muss, teils sind es suspensiv bedingte Schenkungen, welche wirksam werden, wenn der Bedachte den Schenker überlebt [1]), teils sind es Schenkungen an den Bedachten mit dem Vorbehalt des Niessbrauchs an der vergabten Sache durch den Schenker. Grundsätzlich sind diese Geschäffte noch unwiderruflich, doch finden wir den Vorbehalt des Widerrufs immer häufiger und bald noch weitergehend den Vorbehalt freier Verfügung zu Lebzeiten [2]). Dies sind die sogenannten Vergabungen «mit unterscheid der herrschaft» [3]), mit denen nun auch rechtlich der Uebergang zur rein letztwilligen Verfügung vollzogen ist.

Was die Form der Gemächde angeht, so sei kurz bemerkt, dass sie vor Gericht dem anwesenden Beschenkten unter Heranziehung von Zeugen erklärt wurden (so Ssp. II. 30) oder auch (in Süddeutschland) durch Uebergabe einer besiegelten Urkunde (so Schsp. C. 32 [4]) an den Beschenkten vollzogen wurden.

Es lag nahe, die schwerfälligen deutschrechtlichen Formen zu erleichtern, derart, dass man von der Gegenwart des Bedachten absah und so von zweiseitigen Vergabungen zu einseitigen Vermächtnissen gelangte [5]).

Seitens der Kirche wurde diese Entwicklung kräftig gefördert. Schon seit langem waren für die Kleriker,

[1]) Clausel: of he sine se dod levede (Magd); Heusler II 635, 639; Huber IV, S. 612.

[2]) Vergl. Huber IV, S. 613, N. 13, 14.

[3]) «Underscheid» heisst jeder beliebige Vorbehalt (Heusler II, § 197 N. 7). Näheres hierüber siehe bei Schönfeld l. c., S. 282 ff. Das Wartrecht der Erben blieb auch hier bestehen, war aber (im sächs. Recht) auf ererbtes Grundeigentum beschränkt.

[4]) Vergl. Hübner, S. 659.

[5]) «Der entscheidende Schritt für den Uebergang von den Vergabungen zu den Testamenten geschah dadurch, dass man die Anwesenheit des Bedachten vor Gericht und dessen Entgegennahme der Schenkung fahren liess». Heusler II, S. 650.

welche ja nach römischem Recht lebten (oder doch zu leben für sich in Anspruch nahmen), die Geistlichen-Testamente anerkannt worden, teils stillschweigend, teils durch besondere fürstliche Privilegien (feierliche Verzichte auf das jus spolii [1]). Diese Klerikertestamente waren keineswegs Testamente des römischen Rechts, welches den Geistlichen nur recht oberflächlich bekannt war, sondern lediglich eine Aneinanderreihung einzelner Vermächtnisse [2]) ohne Erbeneinsetzung.

Ferner hatte die Kirche durch den Hinweis auf den religiösen Charakter der Vergabungen und auf die ihr obliegende Sorge «pro viduis et orphanis» die Gerichtsbarkeit in erbrechtlichen Angelegenheiten grösstenteils mit Erfolg für sich in Anspruch genommen und an sich gezogen. Es lag nun nahe, die Laien auf die Möglichkeit letztwilliger Verfügungen aufmerksam zu machen (auch über die Seelgeräthe hinaus, welche schon seit langem «testamentsweis» errichtet werden konnten, besonders, wenn die Zeit drängte [3]).

Solchen rein erbrechtlichen testamentarischen Vermächtnisverfügungen in Latientestamenten [4]) begegnen wir häufiger seit dem 13. Jahrhundert [5]).

---

[1]) So im 12. Jahrhundert durch den Kaiser und ferner bspw. 1244 durch den Markgrafen von Brandenburg, 1394 durch den Landgrafen von Thüringen usw.

[2]) Im Widerspruch zu dem römischen Satz «heredis institutio caput et fundamentum testamenti».

[3]) Vergl. Freiberg V, 1 b. Planitz, S. 179; ferner: Schultze, G. S. S. G. A., Bd. 35, S. 104; Rietschel Z. S. S. G. A., Bd. 28, S. 526.

[4]) In Ländern mit teilweise römischer Bevölkerung finden wir die Testamente weit früher als beispielsweise in Sachsen, das mit besonderer Zähigkeit an den althergebrachten Rechtsanschauungen festhielt.

Ferner wäre hier nachzutragen, dass schon z. Zt. der Volksrechte bspw. nach der lex burg. 63 c. 1 (in populo nostro donationes factæ

Zunächst fanden diese Testamente für die Vermachung von Fahrnis Anwendung, einmal weil dies von weniger einschneidender wirtschaftlicher Bedeutung war und ferner weil dafür die feierliche Vergabung vor Gericht besonders umständlich und soweit sie in den Formen der Immobilienauflassung geschah [1]), eigentlich sinnwidrig war. Später kamen die Testamente auch für letztwillige Verfügungen über Grundstücke auf. Immer aber waren diese Testamente lediglich *Vermächtnisbestellung,* keine Erbeneinsetzung. Die Erbenfolge bleibt für das ganze Mittelalter grundsätzlich Intestaterbfolge [2]).

Durch das Aufkommen der Testamente werden die Vergabungen von Todeswegen keineswegs verdrängt. Wir finden beide nebeneinander im späteren Mittelalter fortbestehen, ja man kann sagen, dass besonders in Nord-

---

et *testamenta* valebunt) und der lex bai. 15, c 1. (aut donatione aut *testamento)* Testamente bekannt und möglich waren. Das Vorkommen des Testaments erklärt sich im burgundischen Recht aus der Uebernahme von dem Rechte der in seinem Gebiete lebenden römischen Einwohner und für das bayr. Recht aus der starken Beeinflussung desselben durch den codex Euricianus (welcher bekanntlich schon kein reines westgotisches Recht enthält, sondern viele germ. Rechtsanschauungen dem röm. Rechte preisgibt). Doch fanden diese rezipierten Rechtssätze nur wenig Anwendung, weil sie dem Rechtsempfinden des Volkes noch zu sehr widerstrebten Mit den Volksrechten geriet dieses fremde Recht allmählich überall in Vergessenheit.

[5]) Es sei hier nur nebenbei darauf hingewiesen, dass in ungefähr paralleller Entwicklung sich aus den donationes post obitum neben echten Testamenten auch die *Erbverträge* entwickelten, welche aber zunächst nicht so sehr als Verträge über Erb*recht*, sondern als Verträge über die Erbschafts*gegenstände* angesehen wurden. Näheres vergl. Stobbe V, S. 220 ff. Beseler, Erbverträge. Heusler II, S. 640/642. Schönfeld l. c., S. 294.

[1]) Vergl. Heusler II, l. c.

[2]) Für die nordg. Rechte vergl. v. Amira. Nordg. Obl. Recht; I. S. 365 ff; II. S. 387 ff.

deutschland immer noch den letzteren der Vorzug gegeben würde.

Mit dem Ausdruck Testament werden Vergabungen und Vermächtnisse bezeichnet und umgekehrt werden auch Vermächtnisse Vergabungen genannt [1]). Ein Beweis, dass sich die Bevölkerung des eigentlichen Unterschiedes der beiden Institute nicht recht bewusst war und vorwiegend auf den Zweck sah, und das faktische Ergebnis, welche hier wie dort dieselben waren.

b) Die letztwilligen Verfügungen des Mittelalters und ihre Durchführung

Wir haben also schon vor der Reception in Deutschland Testamente (auch Gift, Vermächtnisse, Auftrag usw. genannt), allerdings Testamente, welche lediglich Zuwendungen enthielten, sich demgemäss auch nicht auf das ganze Vermögen, sondern nur auf Teile desselben (meist Geldsummen und Fahrnis) erstreckten, also in ihrer faktischen Bedeutung mit dem römischen Legat [2]) verglichen werden können. Das Vermächtnis des Mittelalters gab eine Nachlassverbindlichkeit und zwar (so besonders in der späteren Entwicklung) eine im Rang den eigentlichen Schulden des Erblassers nachstehende Nachlasschuld [3]). Was nach Begleichung der Schulden und Ausrichtung der Vermächtnisse übrig blieb, fiel den Intestaterben zu («heredes bona cetera possidebunt [4]);

---

[1]) In einigen Teilen der Schweiz werden noch jetzt Vermächtnisse als «Vergabungen» bezeichnet.

[2]) Vergl. Stobbe, a. a O. V. S. 197; Schröder, S. 773 ff; Heusler II. S. 645.

[3]) Vergl. Näheres bei Schönfeld l. c. S. 303 ff. u. die dort angegebenen Literatur- und Urkundenbeispiele. F. Otto Loening, S. 22.

[4]) Meklenburg. IV N. 2471 cit. b. Schönfeld l. c, S 305.

. . . dividunt equanimiter quæ supersunt»[1]). Eine dingliche Wirkung erzeugte die «Gift» nicht. Der Bedachte stand sich also schlechter als der Empfänger einer Vergabung, woraus sich (neben der Anhänglichkeit an althergekommene Rechtsformen) das zähe Fortleben der Gemächde erklären dürfte.

Es würde über den Rahmen vorliegenden Ueberblicks hinausgehen die Form der mittelalterlichen Testamentserrichtung näher untersuchen zu wollen. Die Einführung der kanonischen Errichtungsform vor dem geistlichen Offizial oder Ortspfarrer, liess sich im allgemeinen gegen den Widerstand der weltlichen Gesetzgebung nicht durchsetzen. Die übliche Form war die Erklärung vor dem Richter unter Zuziehung der Zeugen und der nächsten Erben, deren Einwilligung ausdrücklich in der Testamentsurkunde festgestellt wurde[2]). Vielfach galt die Einwilligung der Erben geradezu als notwendige Vorausetzung der Gültigkeit der Testamente, auch dann noch, wenn sie nur Seelgeräthstiftungen enthielten. Ein Beweis, dass sich die Rechtsüberzeugung von einem Erbenwartrecht das ganze Mittelalter hindurch erhalten hat[3]).

Häufig bedurften die Testamente auch der Genehmigung (oder der Bestätigung) der Obrigkeit, des Stadtrates oder des Landesherrn[4]).

Mit der Durchführung der Vermächtnisse waren die Testamentsvollstrecker (erogatores, executores) betraut.

[1]) Wismar N. 1131 cit. b. Schönfeld l. c., S. 305.

[2]) Vergl. Lüb. Test. v. 1240: «presentibus filiis, cognatis et amicis, familiaribus heredibus et coheredibus eisdem consentibus . . .» (bsp. b. Stobbe V, S. 214); vergl. a. Schönfeld, l. c.

[3]) In allerdings beschränktem Umfange. Ein Festhalten am Erbenconsens war schon aus dem Grunde notwendig, weil das deutsche Privatrecht im allgemeinen kein Pflichtteilsrecht kannte.

[4]) Vergl. Huber IV, S. 650, S. 620.

Wir begegnen hier einem ausgesprochen deutschen Rechtsinstitut[1]), dessen geschichtliche Entwicklung und Funktionen ich deshalb noch kurz streifen möchte[2]).

Bei den donationes post obitum geschah gewöhnlich die Vergabung in die treue Hand von Salmannen (erogatores). Diese wurden nun auch für die Errichtung der Testamente herangezogen. Bei der Vergabung war die Bestellung des Salmanns noch durch einen zweiseitigen Akt erfolgt, der Vergabende erteilte die Sale, (fidem committere) der Salmann gab das Gelöbnis der treuen Erfüllung (fidem facere). Bei der Errichtung des Testaments als einseitiges Geschäft wurde von der Mitwirkung des Executors abgesehen derart, dass er zwar zunächst bei der Errichtung noch anwesend war und ihm hierbei die Testamentsurkunde übergeben wurde; später aber auch schon die Bezeichnung des Vollstreckers in der Urkunde genügte.

Nach dem Tode des Erblassers traten die Executoren nun eigentlich in Funktion. Sie erhalten Besitz und Gewere am Nachlass und bekommen die Ausführung des letzten Willens ausschliesslich in ihre Hand. Die Durchführung der mittelalterlichen Vermächtnisse geschah durch ihre Vermittlung[3]). Ihnen wurde als Treuhändern, als

[1]) Vergabung durch Manzipation an einen Treuhänder (familiae emptor) kannte allerdings (in Ausnahmefällen als Nottestament «si subita morte urgebatur») auch das ältere röm. Recht. (Vergl. Jörs, S. 224 ff; Kübler, S. 62; Pernice I, S. 324). Doch ist dies Rechtsinstitut in der späteren Entwicklung untergegangen und hat keine Weiterbildung zur Testamentsvollstreckung gefunden. (Jörs, S. 226; Sohm, S. 588).

[2]) Vergl. vor allem Schultze, die longobard. Treuhand, ferner Schönfeld l. c. Stobbe V. § 308 f.; Schultze, der Einfluss der Kirche usw.

[3]) Für die Ableitung jener Executoren von den Salmannen, wobei das leitende Prinzip in dem Institut der getreuen Hand zu suchen ist, spricht im allgemeinen noch der Umstand, dass beide Ausdrücke syxnonim gebraucht werden. «Executoribus altimae voluntatis seu

unparteiischen Mittelsmännern der Nachlass kommendiert, damit sie im Sinne des Erblassers (als dessen «Vormund» sie oft bezeichnet wurden) den Nachlass verteilen, d. h. zunächst die Verpflichtung gegen die Gläubiger des Verstorbenen erfüllen[1]), dann seine letztwilligen Verfügungen durchsetzen, indem sie die vermachten Gegenstände durch Uebergabe oder Auflassung übertragen, und endlich den übrig bleibenden Nachlass den rechten Erben übergeben.

c) Die Auflage bei den Seelgeräthen.

Den Seelgeräthen des Mittelalters (und zwar sowohl den schenkungsweise als auch den testamentarisch bestimmten) finden wir häufig eine Auflage hinzugefügt[2]).

In der Regel bestand die Auflage des Beschenkten oder Bedachten in der Verpflichtung für die Seele des Verstorbenen (und seiner Angehörigen) jährlich an dessen Todestage eine hl. Messe lesen zu lassen. «Ut faciant mihi septima et trentuale et centum dies et annuale[3]) (Jahrzeit)[4]). Doch sind auch Auflagen anderer Art, (z. B. Einräumung einer Grabstätte im bedachten Kloster, besonders feierliche Beerdigung des Erblassers oder besonders feierliche Abhaltung der Jahrzeitmesse (Hochamt, Anzünden einer besonders grossen Anzahl Kerzen, Teil-

salmanis». (Beseler a. a. O. S. 288; vgl. Schultze long. Treuh.; Stobbe, ZRG. 7 S 423.) Die Bezeichnungen legatarius, Seelberater. Selgereter usw. beweisen, dass die Durchführung der Vermächtnisse als ihre vornehmste Aufgabe angesehen wurde.

[1]) Näheres hierüber vgl. bei Schönfeld l. c. Die Durchführung usw.

[2]) Vergl. über Seelgeräth als «modale Zuwendung» a. Bruck, S. 159.

[3]) Schultze, long. Treuh. S. 50.

[4]) Ueber solche mit den Seelgeräthen verbundenen Jahrzeiten führten die Kirchen in den sog. Jahrzeitbüchern Buch. (Vgl. als neuere Publikation eines solchen, Merz, Jahrzeitbuch der Stadt Aarau, Aarau 1925).

nahme des Abtes oder des gesamten Klerus), jährliches Anzünden eines Lichtes vor einem Heiligenbilde usw.) häufig beurkundet[1]).

Der Inhalt der Auflage in mittelalterlichen Testamenten war also gewöhnlich im Interesse des erblasserlichen Seelenheils ein religiöser, oder stand doch irgendwie mit kirchlichen Dingen in Zusammenhang. Interessant ist demnach, was von dem Testament Walther's von der Vogelweide (gestorben 1230) berichtet wird:

«Er hat in seinem Testament bestimmt, dass den Vögeln täglich auf seinem Grabstein Futter und Trank gegeben werden soll». «Später aber verwandelte das Kapitel dieses Testament in eine Sammelgabe an die Kanoniker an seinem Jahrtage»[2]).

Wir haben nicht nötig die Wurzel dieser Auflagen im röm. Recht zu suchen, vielmehr entsprechen dieselben dem urgermanischen Launegildsgedanken,[3]) demzufolge nämlich keine Schenkung rechtswirksam wurde, wenn nicht der Bedachte dem Schenker eine kleine Gegengabe, als Zeichen seiner Erkenntlichkeit, («Gunst um Gunst») bot. Eine solche Gegengabe wurde ursprünglich auch bei der Seelgabe für nötig erachtet. So finden wir in Urkunden[4]) die Gegengabe ausdrücklich erwähnt, auf dass an der Rechtsgültigkeit der Vergabung ja kein Zweifel bestehe. Später wurde bei den donatio post obitum und den Vermächtnissen von einer materiellen Gegengabe abgesehen

---

[1]) Vergl. Heussler II, S. 642; Bartsch l. c. S. 45, 56.; Schönfeld l. c. v. Amira N. G O. I, S. 506; E. Loening I, S. 224; bsp. b. Schultze, Long. Treuh. S. Derselbe Z. S. St. G. A. 35 S. ; Beseler I, S. 265.

[2]) P. Ignaz Gropp, Lebensbeschreibung von 1738. Würzburg. Angeblich nach einer handschriftlichen Würzburger Chronik.

[3]) Vergl. Schultze Z. S. St. G. A. Bd. 35 S. 99 ff.

[4]) Beisp. bei Schultze Z S. St. G. A. 25 S. 50 ff.

weil man eben gemäss der frommen Anschauung der Zeit die Gegengabe in den Gnadenmitteln der Kirche[1]) (in dem Gebet der bedachten kirchlichen Anstalt usw.) erblickte.

Hieraus entwickelt sich folgerichtig das Seelgeräthe zur Schenkung unter einer Auflage und später bei Aufkommen der rein letztwilligen Verfügungen zum auflagebeschwerten Vermächtnis[2]) (oder auch wohl bei den sog. «ewigen Seelgeräthen» zur fiduziarischen Stiftung).

Die Durchführung der Auflage wurde durch die sog. «Unterwindung»[3]) oder auch durch ein «Strafgedinge»[4]) gesichert. Unterwindung ist die Erzwingung der Erfüllung der Auflage durch Aneignung des vermachten Gutes und Einbehaltung der Nutzungen seitens der Erben bis zur Erfüllung der Auflageverpflichtung. Strafgedinge ist die freiwillige Verpflichtung des Empfängers einer Gift zu einer Busse für den Fall der Nichterfüllung der Auflage.

Wir finden demnach sofort nach Aufkommen der letztwilligen Verfügungen im deutschen Erbrecht auch die letztwillige Auflage, welche zwar in den Urkunden der Bezeichnung nach noch nicht von einer Bedingung (sub tali conditione apposita et adiecta) geschieden und mit einer solchen auch wohl oft verwechselt wurde.

Dass solche letztwillige Auflagen nicht nur bei Seelgeräthen, sondern auch bei Vermächtnissen anderer Art (als «Auftrag»)[5]) gemacht und anerkannt wurden, ist unzweifelhaft und ergibt sich aus dem Rechte des Schenkers auf Gegengunst von selbst.

---

[1]) «pro æterna retribucione, pro divina remuneratione usw.

[2]) Vergl. Sgaslik S. 10 f.

[3]) Vergl. Bartsch, l. c. S. 47.

[4]) Bsp. bei Gierke, § 91 S. 515; Stobbe § 74 S. 141.

[5]) Vergl. Ehrenzweig S. 678.

Vermächtnis und Auflage seit der Rezeption.

a) Rückblick auf das römische Recht[1])

a) Legate und Fideikommisse

Das Vermächtnis des alten jus civile war das *legatum*, eine einseitige formelle letzwillige Zuwendung von einzelnen Nachlassgegenständen zu Lasten des Erben.

Das legatum konnte nur im Testament errichtet werden unter Anwendung besonderer feststehender Wortformeln (certa et sollemnia verba).

Jeder Testierfähige kann Personen, die ihm gegenüber die testamenti factio passiva haben, mit einem Legat bedenken.

Die Grundformen des alten Legats sind das *legatum per vindicationem* (Wortformel: L. Titio hominem Stichum do lego oder auch später: sumito, capito, sibi habeto) und das *legatum per damnationem* (heres meus dare demnas esto; oder später auch: dato, facito oder heredem meum dare (resp. facere) iubeo). Das legatum per vindicationem konnte nur für Sachen errichtet werden, die im zivilen Eigentum des Testators standen. Durch das Vindikationslegat ging das Eigentum an der vermachten Sache unmittelbar mit Erwerb der Erbschaft an den Bedachten über und konnte von diesem mit der rei vindi-

[1]) Da eine bis ins Einzelne gehende umfassende Darstellung des röm. u. germ. Rechts der Vermächtnisse u. des Modus den Rahmen vorliegender Abhandlung weitaus überschreiten würde, kann im folgenden nur eine kurze Uebersicht der diesbez. Rechtsentwicklung gegeben werden, zu dessen Vervollständigung sich in den Fussnoten des dritten Abschnittes kurze Hinweise auf die entsprechende Regelung des röm. Rechts finden.

catio jedem Besitzer (namentlich auch dem Erben) gegenüber geltend gemacht werden. Das Damnationslegat verpflichtete den Erben, die vermachte Sache dem Bedachten zu übereignen und gab diesem nur ein Forderungsrecht gegen den Erben.

Die Frage, welche dieser beiden Grundformen des Legates die ältere sei, ist äusserst umstritten. Eine zwingende Begründung für die eine oder andere Annahme lässt sich angesichts des Mangels an einschlägigen Rechtsquellen nicht erbringen.

Für das Vindikationslegat als älteres Rechtsinstitut ist neuerdings insbesondere Wlassak[1]) eingetreten. Das Damnationslegat wird bspw. von Hölder[2]) und im neueren Schrifttum vor allem von Coli[3]) als die ursprüngliche Form des altzivilen Vermächtnisses angesehen. (So auch wohl Kübler)[4]), welcher in dieser Kontroverse mit Recht darauf hinweist, dass die Verfasser der lex XII tab. wohl noch gar keine bestimmte Meinung über die rechtliche Natur des Legats hatten[5]).

Spätere Unterarten der Legate waren das *legatum sinendi modo* und das *legatum per præceptionem.* Das *legatum sinendi modo* war eine schwächere Abart des Damnationslegates und verpflichtete den Erben nur zur

[1]) Z. S. S. 31, S. 196 ff; so auch Sohm, S. 624; Jörs S. 224.

[2]) Beiträge, S. 75.

[3]) Lo sviluppo delle varie forme di legato nel diritto romano. 1920. (Vergl. auch hierzu Weiss in Z. S. S. 45, S. 580).

[4]) Kübler, a. a O., S. 63/64.

[5]) In diesem Zusammenhang dürfte die Untersuchung Costa's von Interesse sein, wonach bei Cicero, dem berühmtesten Anwalt der vorklassischen Periode «*tutti* i luoghi . . . relativi ai dispositioni di legato le rappresentano ordinati nel tipo *per* damnationem» (Cicerone giureconsulto, S. 245).

Duldung der Wegnahme der vermachten Sache. Errichtet wurde es mit den Worten: Heres meus damnas esto sinere L. Titium hominem Stichum sumere sibique habere (Gai. II. 209). Das *Præceptionslegat* (L. Titius hominem Stichum præcipito) (Gai. II. 216.) gestattete einem Miterben, eine Sache aus der Erbschaft für sich vorwegzunehmen. Den Vollzug dieses Legats konnte der Erbe nur durch ein judicium familiæ erciscundæ erzwingen. Es handelt sich hierbei also um ein mehr formales Legat, welches in Wirklichkeit eine Vorschrift für die Auseinandersetzung der Miterben war. Die Rechtsschule der Prokulianer (für deren Ansicht sich Kaiser Hadrian entschied) hielt das Præzeptionslegat für eine Abart des Vindikationslegats, womit jede rechtliche Besonderheit dieses Legats entfiel [1]).

Eine Annäherung der beiden Hauptformen der Legate brachte ein *S. C. Neronianum* welches den strengen Formalismus des zivilen Rechtes wesentlich abschwächte, indem es verfügte, dass ein Legat, welches in einer Form errichtet wurde, in der es nicht bestehen konnte, so wirksam bleiben sollte, als ob es in der für seinen Inhalt günstigen Form errichtet wäre, dass also ein Vindikationslegat, das «verbis minus aptis» (d. h. so, dass nicht ersichtlich war, ob der Erblasser ein Vindikations- oder Damnationslegat gemeint hatte) errichtet worden war, als Damnationslegat Geltung haben solle [2]).

Wie schon erwähnt, konnte nur ein Inhaber des testamenti factio passiva mit Legaten bedacht werden. Wollte der Erblasser also einem Pergrinen etwas zuwenden, so

---

[1]) Vergl. Jörs, S. 246; Sohm, S. 624; Kübler, S. 195; Windscheid, S 582,2; Bernstein, Z. S. S. XV, S. 26 ff.

Ueber das prælegat, das mit dem älteren Præzeptionslegat nicht gleichzustellen ist, vgl. S. 91 ff. der Arbeit.

[2]) Ulpian vgl. 24, 11a, vgl. Sohm, S. 628; Jörs, S. 247.

konnte er eine solche Zuwendung nur bittweise (verbis precativis) anordnen und musste die Erfüllung einer solchen Zuwendung dem Gewissen des Beschwerten (fidei comissum) überlassen[1]). Ein solches *Fideikommiss* war zunächst rechtlich völlig unverbindlich. Eine besondere Form war deshalb auch für die Errichtung desselben nicht erforderlich. (Später galt es zur Errichtung eines Fideikommisses als ausreichend, wenn sich dasselbe in den übrigen Willenserklärungen (ex nutu) des Erblassers erkennen liess[2]). Die gebräuchlichste Form war die Errichtung eines Codizills[3]). Durch ein Fideikommiss konnte nicht nur der Erbe, sondern jeder, der vom Testator etwas von Todes wegen erhielt, beschwert werden (Bspw. auch der Vermächtnisnehmer, der von Todes wegen Beschenkte usw.) Da die Fideikommisse, weil sie rechtlich unverbindlich waren, häufig seitens der Beschwerten einfach unbeachtet blieben[4]), anderseits aber mit der Entwicklung des alten Roms zur Weltstadt und zum Weltreich die Fideikommisse immer häufiger wurden, ergab sich die Notwendigkeit, ihnen Erfüllungszwang zu verleihen. Dies geschah durch Kaiser Augustus, welcher zu Gunsten der Fideikommisse eine extraordinaria cognitio gab, zu deren Durchführung später, seit Claudius, sogar ein eigener prætor fideicommissarius bestellt wurde[5]).

Die Fideikommisse gewährten nunmehr dem Bedachten

[1]) Vergl. Kübler, S. 197; Sohm, S. 629.

[2]) Fideicommissum est quod non civilibus verbis sed precative relinquitur, nec ex vigore juris sed ex voluntate datur relinquentis. Verba fideicommissi in usu fere hæc sunt: fideicommitto, peto, volo dari et similia (ULPIAN tit 25 §§ 1, 2).

[3]) Ueber die gesch. Entwicklung der Codizille vergl. Fein, Recht Codizille in Glücks Komm. 44, 45; Jörs, S. 255.

[4]) Costa, Cicerone iureconsulto I, S. 216, 224.

[5]) Sohm, S. 629.

ein Forderungsrecht gegen den Beschwerten. Es erhellt, dass die Fideikommisse hiermit, obgleich sie im administrativen Kognitionsverfahren als obligatio bona fidei behandelt wurden, sich in ihrer Wirkung immer mehr dem Damnationslegat näherten und somit durch die faktische Gleichstellung des formlosen Fideikommisses mit dem formalen legatum per damnationem «im Begriffe waren, das ganze Vermächtnisrecht des ins civile aus den Angeln zu heben» (Sohm [1]).

Die Verschmelzung der Legate mit den Fideikommissen vollzog sich dann derart, dass man einerseits bei den Legaten von den strengen Formvorschriften absah, anderseits das Fideikommiss an eine gewisse Form band. So wurde unter Konstantin das Legat für verbindlich erklärt, auch wenn es mit beliebigen Worten errichtet war und für die Fideikommisse die Codizillarform (d. h. die Zuziehung von Zeugen [2]) gefordert. Die justinianische Kodifikation [3]) vollendete dann auch nach aussen hin die Vereinigung beider Vermächtnisarten (per omnia ex æquata sunt legatis fideicommissa). Es gibt seit Justinian nur mehr ein Vermächtnis (legatum und fideicommissum), welches stets eine klagbare Verpflichtung des Beschwerten zur Erfüllung erzeugt (persönliche Klage) und bei Vermachung des Eigentums oder eines dinglichen Rechts an einer Nachlassache auch sofort dessen dingliches Recht (dingliche Klage) zur Entstehung bringt.

Zwei eigenartige Gebilde des römischen Vermächtnisrechts waren die «*partitio legata*» und das *Universalfideicommiss.*

---

[1]) a. a. O., S. 629.
[2]) Vergl. Sohm, S. 629.
[3]) C. 6, 43; (529 n. Chr.).

Die *partitio legata*[1]) ist das Vermächtnis eines Teils des Nachlasses und somit logischerweise eigentlich eine Berufung zur Miterbschaft. Das Partitionslegat dürfte seinen Ursprung in der Bestimmung der Lex Voconia[2]) (169 v. Chr.), wonach es grundsätzlich verboten war, Frauen zu Erbinnen einzusetzen, haben. Man half sich nun eben dadurch, dass man einer Frau eine Quote des Gesamtnachlasses «vermachte». (Heres meus cum Titio hereditatem meam partitor (dividito). Der Bedachte konnte mit der actio incerta ex testamento den seiner Quote entsprechenden Anteil an der Erbschaft fordern. Der Erbe konnte nach justianischem Recht wahlweise entweder «Aestimation» (Teilung des Wertes) oder Teilung in Natur vornehmen, soweit bei letzterer dem Vermächtnisnehmer kein Nachteil erwuchs. Nur der Erbe war rechtlich Gesamtnachfolger und musste sich daher mit dem legatarius partiarius durch gegenseitige stipulationes partis et pro parte auseinandersetzen. Der Erbe versprach die Erbforderungen anteilmässig abzutreten, wogegen der Legator sich verpflichtete, zur quotalen Deckung der Nachlasspassiva beizusteuern[3]).

Nach der Regel: «Semel heres, semper heres», war im römischen Recht die Nacherbfolge ausgeschlossen. Zur Umgehung dieser allzustrengen Vorschrift, die den Erblasser in seiner Verfügungsfreiheit zu sehr einschränkte, fanden die römischen Juristen einen Ausweg im *Univer-*

[1]) Das ebenso seltsame Gegenstück zum «legatum» partitionis ist die «heredis institutio» ex certa re. Vergl hierzu Kœppen, S. 32 ff; Windscheid III, S. 262 ff; Jörs, S. 245; und neuerdings David, Studien zur «heredis institutio ex certa re» im klassischen römischen und justinianischen Recht, 1930 und ferner die Rezension hierzu von Kübler in Deutsche Literaturzeitung 1930, Heft 27, S. 1288 ff.

[2]) Vergl. Kübler, S. 197.

[3]) Vergl. Jörs, S. 245; Kœppen, S. 806, N 4.

salfideikommiss. Hier war zwar rechtlich nur der Erbe, nicht der Universalfideikommissar Gesamtnachfolger des Erblassers. Der Erbe war jedoch gehalten, die gesamte Erbschaft an den Fideikommissar durch die sogenannte «mancipatio sestertio nummo uno» herauszugeben. Da der Erbe als Universalsukzessor für Nachlasschulden haftete und er allein berechtigt war, die Nachlassforderungen geltend zu machen, musste er in der «stipulatio emptæ venditæ hereditatis» versprechen, dem Fideikommissar die Erbschaftsansprüche zu übertragen und ihm das, was ihm als Erben eingegangen war, herauszugeben. Dagegen versprach der Fideikommissar, die gegen den Nachlass geltend gemachten Ansprüche zu tragen und den Erben für die Nachlassverbindlichkeiten, die dieser hatte erfüllen müssen, zu entschädigen.

Das Recht des Universalfideikommissars wurde durch das S. C. Trebellianum[1]) ausgebaut, wonach vom Zeitpunkt der Herausgabepflicht des Nachlasses an der Universalfideikommissar wie ein Erbe zu behandeln ist. Er war dann «heredis loco», womit er praktisch zum Universalsukzessor des Erblassers wurde[2]).

Um die allzugrosse Belastung des Erben mit Vermächtnissen zu verhindern (die einmal eine unbillige Beschwerung, ja geradezu eine Art besonders lästiger Enterbung sein konnte und andererseits geeignet war, die Vermächtnisse selbst völlig zu Fall zu bringen, da sie den Erben leicht veranlasste, die Erbschaft auszuschlagen, womit, sofern der Nachlass hiermit erbenlos wurde, die Vermächtnisse hinfällig wurden), bestimmte zunächst die lex Furia testamentaria, niemand[3]) dürfe

[1]) Ca. 58 n. Chr.

[2]) Vergl. Jörs, S. 246; Kœppen, § 137 ff; Windscheid III, S. 700 ff; Dernburg, P. III, § 119 ff.

[3]) Mit Ausnahme der näheren Blutsverwandten.

mehr als 1000 Ass als Vermächtnis erhalten. Es liegt auf der Hand, dass sich der Zweck dieser Bestimmung leicht durch Errichtung vieler kleinerer Vermächtnisse vereiteln liess.

Die schon oben zitierte lex Voconia verbot aus demselben Grunde den der ersten Zensusklasse angehörigen Bürgern mehr als Legat anzunehmen als der Erbe selbst (bezw. die Erben zusammen) erhielt. Hierdurch war zwar wohl dafür gesorgt, dass dem Erben etwas von der Erbschaft verblieb, jedoch blieb immer noch die Möglichkeit bestehen, den Erben auf einen recht geringen Bruchteil des Nachlasses zu beschränken.

Durchgreifende Hilfe brachte hier erst die lex Falcidia (40 v. Chr.[1]), welche dem Erblasser gestattete, beliebig hohe Vermächtnisse zu errichten, wenn er nur ein Viertel (quarta falcidia) der Erbportion frei von Beschwerungen liess. Erschöpften die Vermächtnisanordnungen des Erblassers mehr als dreiviertel des Nachlasses, so gestattete die lex Falc. dem Erben die Vermächtnisse so zu kürzen, dass ihm ein Viertel verbleibt. Diese Beschränkung der Vermächtnisfreiheit auf dreiviertel des Nachlasses galt seit dem S. C. Pegasianum (75 n. Chr.) auch für das Fideikommiss. Jedoch griff die lex Falcidia nur zugunsten des Erben ein. Eine Beschränkung der Beschwerungen des Fideikommissars mit Untervermächtnissen gab es nicht.

Seit Justinian (Novelle 1) kann der Erblasser die Quarta Falcidia ausschliessen. Des weiteren galt die Vorschrift des falcidischen Gesetzes nicht, wenn der Erbe die Inventarerrichtung versäumte[2]).

[1]) «Data est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus ei legare liceat quam dodrantem: itaque necesse est, ut heres quartum partem hereditatis habeat . . .»
(Gai. II. 227; b. Seckel-Kübler, S. 110, e. cit.)

[2]) Vergl. Sohm, S. 635; Jörs, S. 247.

b) Der Modus bei letztwilligen Verfügungen

Schon das klassische römische Recht kennt die Möglichkeit, einem Rechtsgeschäft von Todeswegen eine Auflage beizufügen. Diese Auflagen der älteren Zeit dienen fast ausschliesslich gemeinnützigen[1]) oder religiösen[2]) Zwecken. Auflagen zugunsten bestimmter Privatpersonen sind zunächst nur selten und werden, da es dem klassischen Recht an einer bestimmten Begriffsformulierung[3]) für die Auflage noch fehlt, wohl vielfach Fideikommissen gleichgestellt worden sein.

Auflagen sind zumeist mit Vermächtnissen verbunden. Darüber, ob auch Erbeinsetzungen unter einem Modus möglich waren, sind in der Literatur die Ansichten geteilt. Pernice glaubt, dass die einzige Digestenstelle (fr. 8 § 7 de cond. inst.). welche von einem Erbeinsetzungsmodus spricht, interpoliert sei[4]).

Was das Verhältnis von Auflage und Zuwendung angeht, so würde es dem Grundsatz, dass im Vermächtnis des römischen Rechts eine Liberalität liegen soll, widersprechen, wenn die den Inhalt des Modus bildende Verpflichtung an Wert den Wert der Zuwendung überschreiten würde. Die Auflage kann dagegen auch im römischen Recht wohl darin bestehen, dass die ganze

---

[1]) Bsp. Errichtung einer Bildsäule (Oig. 35, 1, 6) oder Veranstaltung von Spielen usw.

[2]) Errichtung eines Gottesbildes, einer ewigen Lampe am Grabe usw. (Bsp. b. Pernice III, S. 58 u. N. 1, 2).

[3]) Wir finden die Bezeichnungen: lex, jubere, jussum, condicio, und endlich *modus*, diese letztere Bezeichnung wurde eigentlich erst im nachjustinianischen Recht zum Terminus technikus der Auflage (C. 6, 45 de his q. sub modo); vergl. hierzu Pernice, S. 19, Bd. 3 u. S. 23, 26; Miteis, S. 194.

[4]) Vergl. Pernice III, S. 32.

Zuwendung nach Ablauf einer gewissen Zeit an einen Dritten herauszugeben ist. Die Liberalität liegt dann im Genuss der Vorteile während der Zwischenzeit bis zum Zeitpunkt der Herausgabe.

Durchführung der Auflage

Im Zivilrecht war die Auflage ohne jede rechtliche Wirkung. Auch im klassischen Recht ist die Auflageleistung noch nicht einklagbar. Doch besteht die Möglichkeit indirekten Erfüllungszwanges. Der prætor urbanus kann nämlich dem Erben eine exceptio doli (vergl fr. 48 D. 46,5) einräumen, oder auch durch denegatio actionis (fr. 19 D. de leg. III) die Vermächtnisklage nicht zulassen, sofern der auflagebeschwerte Legatar keine Kaution wegen Erfüllung der Auflage stellt. Die Kaution besteht in einem stipulierten Erfüllungsversprechen auf Grund dessen dann die Auflage eingeklagt werden konnte.

Ferner konnte, da die Erfüllung der Auflage häufig im öffentlichen Interesse lag (entweder unmittelbar oder doch aus Gründen der Wahrung religiöser Interessen) [1]), im Wege admistrativen Zwanges die Behörde durch die cognitio extra ordinem die Vollziehung der Auflage durchsetzen. Endlich konnte der Erbe wohl auch durch die actio familiæ erciscundæ den beschwerten Miterben zur Vollziehung der Auflage anhalten.

Eine Sonderregelung gab Kaiser Severus für den Fall, dass durch eine Auflage die Freilassung eines Sklaven angeordnet wurde. Hier sollte nämlich nach Massgabe

[1]) «Quamvis enim stricto jure heredes ad monumentum faciendum nulla teneantur actione, tamen Principali et Pontifcali auctoritate compelluntur ad obsequium supremæ voluntatis.» (Papinian; fr. 50, § 1, D. 50, 3.)

der manumissio fideicommissaria verfahren werden[1]). Gordian endlich gab für die Fälle, in denen der Modus bestimmte Personen begünstigte, diesen ein Klagerecht auf Erfüllung.

Zur Sicherung der Durchführung der Auflage konnte der Erblasser auch dadurch einen allerdings nur moralischen Druck auf den Beschwerten ausüben, dass er die Bedenkung von der Leistung eines Eides, die Auflage zu vollziehen, abhängig machte (conditio jus jurandi). Ferner konnte der Erblasser dem Beschwerten für den Fall der Nichterfüllung eine Strafe (multa) auferlegen, welche an eine öffentliche Kasse zu zahlen ist. Allerdings kann die Zahlung von der Behörde nur dann erzwungen werden, wenn die Art der Auflage der Obrigkeit einen Grund zum Einschreiten bietet[2]).

Haftung aus der Auflage

Der Beschwerte war zur Erfüllung der Auflage stets nur insoweit verpflichtet, als die Zuwendung die ihm gemacht wurde, hierzu ausreichte. Er haftete also stets nur beschränkt und nicht mit dem eigenen Vermögen für die Vollziehung der Auflage.

Unterliess der Beschwerte schuldhaft die Vollziehung der Auflage oder wurde die Vollziehung derselben durch sein Verschulden unmöglich, so gab erst das spätere justinianische römische Recht dem Erben (bezw. Miterben) eine Kondiktionsklage causa data causa non secuta[3]).

b) Das gemeine Recht

Das gemeine Recht hat das Vermächtnisrecht und das Recht des Modus im grossen und ganzen in der Ausge-

[1]) Vergl. auch Kübler, Z. S. St. 29, S. 477.
[2]) Vergl. Pernice III, S. 40 ff; Mitteis, S. 198 f.
[3]) Vergl. Pernice III, S. 34 ff (vergl. a. Novelle 1).

staltung, welche ihm das justinianische Recht gegeben hatte, übernommen.

Doch wird nunmehr die Zulässigkeit eines verpflichtenden Modus (modus qualificatus) auch bei Erbeinsetzungen allgemein anerkannt. Des weiteren kann ein Vermächtnis oder eine Auflage nicht nur im Testament oder im Codizill oder in einem Oralfideikommis, sondern auch in den vor der Praxis allgemein anerkannten deutschrechtlichen Erbverträgen [1]) angeordnet werden.

Ferner konnte das gemeine Recht auch das germanische Rechtsinstitut der Testamentsvollstrecker nicht verdrängen. Die Durchführung der Vermächtnisse und Auflagen blieb die vornehmste Aufgabe der executores ultimæ voluntatis. Für die Auflage ist dies vor allem deshalb wesentlich, weil nunmehr durchwegs die Möglichkeit einer rechtlich gesicherten zwangsweisen Vollziehung des Modus gegeben ist. Auch in solchen Fällen, in denen das römische Recht hierzu keine Handhabe bot. Also vor allem auch dann, wenn dem Erben selbst eine Auflage gemacht wurde und in der Erfüllung derselben kein öffentliches Interesse bestand [2]).

---

[1]) Vergl. S. 30, N. 3 d. Arb.

[2]) Im übrigen sei auf die Fussnoten des dritten Teils dieser Arbeit verwiesen, in denen jeweils ein Hinweis auf die im Verhältnis zum BGB wesentlichsten Besonderheiten des gemeinen Rechts und der partikularrechtlichen Kodifikationen gegeben wird.

III.

Vermächtnis und Auflage nach BGB

I. Errichtung und Personen

a) Errichtung

Vermächtnisse und Auflagen können nach bürgerlichem Recht nur vom Erblasser entweder durch Testament oder durch Erbvertrag errichtet werden.

Die testamentarische Errichtung setzt voraus, dass der Erblasser die testamenti factio activa hat, d. h. die persönlichen Eigenschaften besitzt, welche das Gesetz für die Testamentserrichtung vorschreibt (vergl. §§ 2229, 104, Ziff. 3 [1]). Eine besondere Formerleichterung für Vermächtnis- oder Auflage-Anordnung kennt das BGB nicht. Auch dann, wenn die letztwillige Verfügung lediglich in einer Vermächtnis- oder Auflage-Errichtung besteht, gilt sie als Testament und bedarf der Einhaltung der für die Testamentserrichtung geltenden Formvorschriften [2]) (vergl. §§ 2231 ff, 2265 ff). Kodizille und Oralfideikommisse sind im geltenden Recht unbekannt [3]). Seit Einführung des holographischen Testamentes dürfte für sie ja auch kein Bedürfnis mehr bestehen.

---

[1]) F. d. röm. R. vergl. 1. 2. D. de leg, I. (30).

[2]) vergl. Endemann III, S. 678; Böhm, S. 155.

[3]) Für d. röm. R. vergl. 1. 8. § 3 C. de codic. 6, 36; 1. 32. C. de fideic. 6, 32; § 12 I. de fideic. hered. (2, 23); c. 32 C. de fideic. (6, 42) vergl. Kœppen, S. 715; Windscheid III, S. 590.

Durch Erbvertrag[1]) (§ 1941, §§ 2274 ff) kann ein Vermächtnis oder eine Auflage sowohl durch vertragsmässige Verfügung (§ 2278) als auch durch einseitige Anordnung (§ 2299) errichtet werden[2]). Nach Abschluss des Erbvertrages kann ein Vermächtnis (oder eine Auflage) nicht mehr einseitig durch letztwillige Verfügung wirksam angeordnet werden, soweit sie das Recht des vertragsmässig Bedachten beeinträchtigen würde (§ 2289)[3]). Es ist denkbar und zulässig, dass sich der Erbvertrag lediglich auf Errichtung eines Vermächtnisses (Vermächtnisvertrag) oder einer Auflage (Auflagevertrag)[4]) beschränkt[5]).

Erwähnt sei ferner, dass ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, ein Vermächtnis oder eine Auflage

---

[1]) Ein Erbvertrag kann nur von einem unbeschränkt Geschäftsfähigen abgeschlossen werden (im Gegensatz zum Testament § 2229 II). Hiervon wird im § 2275 II. III zugunsten von Ehegatten und Verlobten eine Ausnahme gemacht. Jedoch ist zu bemerken, dass eine Auflage oder ein Vermächtnis, welche lediglich einseitig in einem Erbvertrag angeordnet sind, nur unter der Voraussetzung gültig sind, dass die errichtende Person testierfähig war, denn eine einseitige, also mit dem Erbvertrag nur in räumlicher Beziehung stehende Vermächtnis- oder Auflageverfügung bleibt eine letztwillige Verfügung und fällt nicht unter die Ausnahmevorschriften des § 2275 II, III. Vergl. Planck, Bem. II zu § 2229; Strohal I, S. 356 N. 25.

[2]) Im letzteren Falle sagt man also besser, dass die Beschwerung nicht durch sondern im Erbvertrage in lediglich räumlicher Beziehung zum Vertrage angeordnet sei.

[3]) Falls nicht ein diesbezügl. Vorbehalt oder ein Rücktrittsrecht vertraglich vereinbart war oder die Voraussetzungen der §§ 2294, 2295 vorliegen. Näheres vergl. Strohal, § 46 I, 2.; Nobe, S. 17; Mot. V., S. 332.

[4]) Der Auflagevertrag noch vom 1. Entwurf in § 1956 abgelehnt, wurde in der 2. Lesung eingeführt, weil ein Bedürfnis hierzu (in allerdings seltenen Fällen) vorhanden sein könne. Vergl. Prot. V, S. 405; Planck, § 2278.

[5]) A. A. Endemann, III § 63.

anzuordnen oder ein angeordnetes Vermächtnis oder eine Auflage aufzuheben oder nicht aufzuheben, gemäss § 2302 nichtig ist.

b) Personen

a) Im Allgemeinen

Jedem Vermächtnis sind drei Personen wesentlich, der Erblasser, der Beschwerte, der zur Erfüllung des Vermächtnisses verpflichtet ist, und der Bedachte, welchem die Vermächtnisforderung zugewendet wird.

Bei der Auflage sind die beiden ersten Personen, Auflagegeber und Beschwerter (auch Auflageträger genannt), in gleicher Weise notwendig. Eine dritte Person als Auflageempfänger, in derem Interesse die Auflage angeordnet wird, ist der Auflage nicht wesentlich. Es genügt (wie schon oben dargelegt) die Fixierung des Auflagezweckes, welcher jedem rechtlich gebilligten wirtschaftlichen oder idealen Interesse dienen kann. Immerhin wird aber die Auflage häufig das Interesse einer dritten Person, welche wir mit Auflagenehmer bezeichnen wollen, verfolgen. Endlich kommt bei der Auflage noch eine vierte Gruppe von Personen in Betracht, nämlich die in § 2194 Genannten, welche die Vollziehung der Auflage verlangen können (vergl. S. b) der Arbeit).

b) Der Beschwerte

Als durch Auflage und Vermächtnis Beschwerte kommen nach der inhaltlich übereinstimmenden Regelung der §§ 1940, 2147 der Erbe und der Vermächtnisnehmer in Betracht.

Es fragt sich zunächst, ob diese Bestimmung des Gesetzes einer extensiven Interpretation (etwa im Sinne des gemeinrechtlichen Satzes: nemo oneratus, nisi hono-

ratus) unterworfen werden darf, derart, dass nicht bloss der Erbe und der Vermächtnisnehmer im eigentlichen Sinne des Wortes, sondern jeder, der infolge des Todes des Erblassers mit dem Willen des Erblassers eine Bereicherung erhält[1]), hierunter zu verstehen wäre.

Eine solche extensive Auslegung der §§ 2147 und 1940 wird von der herrschenden Lehre abgelehnt[2]). M. E. mit Recht, denn für eine erweiternde Auslegung der gesetzlichen Vorschrift wäre nur dann Raum, wenn man unterstellen wollte, dass der Gesetzgeber hier von einer falschen, von der sonstigen gesetzlichen Regelung abweichenden Auffassung des Begriffes «Vermächtnisnehmer» ausgegangen sei. Für die Annahme einer solchen ungenauen, verwässerten Fassung des gesetzlichen Begriffes, die sich im Widerspruch mit dem an allen anderen Stellen sorgfältig festgehaltenen Inhalt desselben Begriffes stellen würde, bietet sich keinerlei Handhabe. Das Gesetz braucht den Begriff «Vermächtnisnehmer» allerorts im gleichen Sinne; wenn es sich in den §§ 2147 und 1940 desselben Begriffes bedient, ohne einen erweiternden Zusatz zu geben, so ist logischerweise zu schliessen, dass der Gesetzgeber den Kreis der Beschwerten eben enger ziehen wollte, als dies im gemeinen Rechte der Fall war[3]).

1. Durch ein Vermächtnis oder eine Auflage kann zunächst beschwert werden der *Erbe*[4]).

[1]) Vergl. f. d. röm. «Sciendum est autem fideicommittere quem posse ad quos aliquid perventurum est morte eius, vel dum eis datur, vel dum eis non adimitur. ULP: 1 l. § 6 D de leg. III.; vergleiche auch Sächs. BGB § 2388.

[2]) So z. B. von Kipp, a. a. O.; Strohal I, S. 200; Endemann III, S. 683 ff; Planck, § 2147; Staudinger, ebenda. A. A.: Hellwig, a. a. O., S. 365 und vor allen Meischeider, S. 327 ff.

[3]) Vergl. Kipp: «Wer kann usw.», S. 5; Planck, a. a. O., § 2147, Erl. 1; König, S. 67 ff; Nobe, S. 6 ff.

[4]) Dies ist bei der übergrossen Mehrzahl der Vermächtnisse der

1. Der gesetzliche Erbe.

Beschränkt sich die Verfügung der Erblassers lediglich auf die Errichtung eines Vermächtnisses oder einer Auflage, so ist mit ihr der gesetzliche Erbe beschwert (§§ 1940, 2147).

Fällt ein testamentarisch eingesetzter Erbe fort, so hat der gesetzliche Erbe, dem der Fortfall zugute kommt, die Beschwerung, die diesem eingesetzten Erben gemacht war, zu tragen [1]). Das gleiche gilt für den Wegfall eines gesetzlichen Miterben [2]), denn «die Vermächtnisschuld (bezw. Auflageverpflichtung) folgt grundsätzlich dem Vermögen nach, auf dem sie ruht» (Endemann) [3]). Allerdings ist mit Strohal [4]) hierzu, was die Auflage angeht, zu bemerken, dass bei Auflagen, die häufig einen höchst persönlichen Charakter tragen und die oft nur einen ganz bestimmten Beschwerten treffen sollen, die Anwendung des § 2161 nicht immer geboten sein mag. Massgebend ist hier der zu ermittelnde Wille des Erblassers.

Kommt als gesetzlicher Erbe der Fiskus in Betracht, so gelten natürlich auch für ihn die Beschwerungen mit Vermächtnissen und Auflagen (§§ 1936, 1940, 2147, 1942 II).

2. Der Testamentserbe.

Ist kein besonderer Beschwerter genannt, so gilt der eingesetzte Erbe als der mit dem Vermächtnisse oder der

---

Fall. Deshalb gilt gem. § 2147 die præs. legis, dass so weit nicht der Erblasser ein anderes bestimmt hat, der Erbe als beschwert gilt.

[1]) Vergl. Planck, § 1940, Erl. 4; Mot. V., S. 377.

[2]) Im röm. R. war dies nicht immer der Fall. So hat bei Wegfall des Intestaterben der nachfolgende Intestaterbe die dem ersten Erben persönlich auferlegten Vermächtnisse nicht zu tragen. Vergl. 1, l. §§ 9 u. 10, D. de leg. 32; vergl Arndts b. Glück 47 S. 285; Dernburg P III, S. 205; Windscheid III, S. 621 f.

[3]) Vergl §§ 1935, 2192, *2161*, 2095, 2159, BGB.

[4]) I, S. 132.

Auflage Beschwerte, falls sich nicht aus dem gesamten Inhalt des Testamentes oder den Umständen ergibt, dass ein anderer (bspw. Intestaterbe) beschwert werden sollte.

Auch der Ersatzerbe kann mit Auflagen oder Vermächtnissen belastet werden und zwar hat er in der Regel die dem Wegfallenden auferlegten Beschwerungen zu præstieren. Doch können ihm auch unabhängig von den Beschwerungen des Erben besondere Belastungen für den Eintritt der Ersatzerbfolge gemacht werden, denn er ist echter Erbe im Sinne der §§ 2147 und 1940 [1]).

Endlich ist auch der Nacherbe echter Erbe, Rechtsnachfolger des Erblassers und nicht des Vorerben und kann folglich mit Vermächtnissen und Auflagen beschwert werden. Bei der Nacherbfolge kann der Erblasser anordnen, dass die Beschwerung nur den Vorerben oder nur den Nacherben oder auch beide (die Erbschaft als solche) belastet [2]) [3]).

3. Der Vertragserbe.

Dem im Erbvertrag bestimmten Erben (der Vertragsgegner doch auch ein Dritter sein kann (§ 1941), kann durch Erbvertrag oder im Erbvertrag eine Beschwerung durch Vermächtnis oder Auflage gemacht werden. Nach Abschluss des Vertrages ist eine weitere Beschwerung des Vertragserben in der Regel nicht mehr gestattet.

4. Mehrere Erben.

Mehrere Erben tragen gemäss §§ 2148, 2192 die Vermächtnis- oder Auflagebeschwerung im Innenverhältnis

[1]) Vergl. Prot. V., S. 161.

[2]) Vergl. Strohal, S. 203.

[3]) Eine Beschwerung des Erbeserben als solchen seitens des ersten Erblassers ist nicht möglich, denn der Erbeserbe ist weder Erbe des ersten Erblassers noch auch dessen Vermächtnisnehmer. Vergl. König, S. 92; Staudinger, § 2147 Erl. I 2.

nach Massgabe ihrer Erbteile [1]). Nach aussen hin haften sie vorbehaltlich der Bestimmungen der §§ 2059 ff als Gesamtschuldner (vergl. § 2058) [2]).

Ist alternativ angeordnet, der eine oder der andere der Miterben solle beschwert sein, so liegt eigentlich, da es an der notwendigen Bestimmung des Trägers der Beschwerung fehlt, ein unwirksames Vermächtnis (bezw. Auflage) vor. Doch dürfte zumeist im Interesse der Aufrechterhaltung der letztwilligen Verfügung ein Gesamtschuldverhältnis der alternativ Beschwerten (gem. § 421) als gewollt anzunehmen sein [3]).

2. Der Erblasser kann ferner auch den *Vermächtnisnehmer* mit einem weiteren Vermächtnis (Untervermächtnis) oder einer Auflage durch Testament oder im Erbvertrag beschweren (§§ 1940, 2147, 2278, 2299).

Das gilt auch für den Ersatzvermächtnisnehmer [4]), den Untervermächtnisnehmer und Nachvermächtnisnehmer [5]),

[1]) Anders im Gem. R. So ist heute vor allem auch gleichgültig, ob die Erben unter Benennung ihres Namens belastet sind oder nicht. Vergl. Mot. V, 137. F. d. röm. R. vergl. l. 54 § 3 D de leg.; l. 124 D. de leg.

[2]) Vergl. Planck, § 2148, Erl. III.; RGRK. ebenda, Erl. I.; Strohal, I, S. 202. A. A, Endemann III, § 92 Ia.

[3]) Vergl. Staudinger, Planck, l. c.; Feigel, S. 17.

[4]) Ersatzvermächtnis nennt man die Bestellung eines weiteren Empfängers für den Wegfall des Vermächtnisnehmers (§ 2190). Die Vorschriften für die Ersatzerbfolge finden grundsätzlich entsprechende Anwendung.

[5]) Nachvermächtnis ist die Bedenkung mehrerer Personen mit demselben Vermächtnis dergestalt, dass der erste Vermächtnisnehmer nach Ablauf einer gewissen Frist den vermachten Gegenstand einem zweiten herauszugeben hat (§ 2191). Der erste Bedachte gilt dann als mit einem befristeten Untervermächtnis in voller Höhe der Zuwendung beschwert (vergl. L. Z. 1916, Sp. 1441, No. 7).

Es leuchtet ein, dass eine dem Untervermächtnis oder Nachver-

denn auch sie sind echte Vermächtnisnehmer, denen durch letztwillige Verfügung ein Vermögensvorteil seitens des Erblassers zugewendet wird (§§ 2190, 2191).

Der Vorausvermächtnisnehmer kann als solcher mit einem weiteren Vermächtnis oder einer Auflage belastet werden. Von Bedeutung ist dies jedoch nur für den Fall, dass er als Erbe das Vorausvermächtnis ausschlägt oder umgekehrt dasselbe annimmt und die Erbschaft ausschlägt oder dass für die Erbschaft eine Nacherbfolge angeordnet ist.

Für mehrere beschwerte Vermächtnisnehmer gilt das oben von mehreren Erben Gesagte.

Es bleibt in diesem Zusammenhange noch zu untersuchen, ob auch die «*gesetzlichen Vermächtnisnehmer*», d. h. die durch den «Voraus» und den sog. «Dreissigsten» (§§ 1932, 1962) Begünstigten, durch letztwillige Verfügung des Erblassers beschwert werden können.

Ich möchte mich mit Kipp [1]) für die Zulassung der Beschwerung gesetzlicher Vermächtnisse aussprechen, denn da die gesetzlichen Vermächtnisse seitens des Erblassers entziehbar[2]) sind, haben sie im gewissen Sinne den Charakter von Zuwendungen; sie entstehen wohl kraft

---

mächtnis entsprechende Beschwerung des Auflageempfängers nicht zulässig ist. Das widerspricht nicht nur den klaren Wortlaut der §§ 1940, 2147, sondern vor allem auch dem Wesen der Auflage, die ihrem Empfänger keinerlei Zuwendung macht. Der Auflageempfänger ist nicht Subjekt eines Rechtes aus der Auflage und kann deshalb auch nicht Träger einer Belastung aus dem «Rechtsverhältnis» der Auflage sein. Der Auflagenehmer kommt deshalb bei der notwendigen Verknüpfung von Zuwendung einerseits und Beschwerung andererseits niemals als Beschwerter in Frage. Vergl. Kipp, a. a. O., S. 27 28; König, S. 118.

[1]) Erbrecht, S. 326 i. Erl. Prorektoratsrede 1901.

[2]) Vergl Mot. V., S. 374; Staudinger, § 1932, Erl. 8; Strohal, § 17 I, 1.

gesetzlicher Vorschrift, doch kann der Erlasser diese gesetzliche Vorschrift durch letztwillige Verfügung wirksam machen. Die gesetzlichen Vermächtnisse haben somit keinen Pflichtteilscharakter. Wenn der Erblasser es bei der gesetzlichen Regelung bewenden lässt, so liegt darin m. E. eine gewisse Liberalität, welche durch Beschwerungen einzuschränken dem Erblasser umso weniger benommen sein sollte, als er ja in der Lage ist, sie gänzlich aufzuheben.

Trotzdem wäre, da die gesetzlichen Vermächtnisse zweifellos (trotz ihrer nahen Verwandtschaft mit den eigentlichen Vermächtnissen) nicht unter den Vermächtnisbegriff des Gesetzes fallen, für die Subsumierung derselben unter die §§ 1940, 2147 kein Raum, wenn nicht kraft positiver Vorschrift der §§ 1932, 1969 die Vorschriften über die Vermächtnisse auf sie Anwendung fänden. Hiermit ist natürlich nicht sklavische Anwendung aller Vermächtnisregeln, sondern nur die sinngemässe Heranziehung derselben gemeint. Dass aber die Anwendung der §§ 1940, 2147 auf die gesetzlichen Vermächtnisse als eine durchaus sinngemässe erscheint, glaube ich oben ausreichend dargelegt zu haben.

Ebenfalls kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift (§ 2301, Abs. 1) kann der von Todeswegen Beschenkte, falls der Schenker die Schenkung nicht schon bei Lebzeiten vollzogen hat, mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert werden, da in diesem Falle die Vorschriften über Verfügungen von Todeswegen Anwendung finden [1]).

Eine weitere Ausdehnung der Möglichkeit, jemanden mit einem Vermächtnis oder einer Auflage zu belasten,

---

[1]) Vergl. Leonhard, § 2147 Erl. 4 c! Staudinger, ebenda Erl. 1.

erscheint mir aus den oben erwähnten Gründen bedenklich [1]).

c) Der Bedachte [2]).

Empfänger eines Vermächtnisses kann jede natürliche oder juristische Person sein, soweit sie erbfähig ist [3]).

Ein zugunsten eines nicht rechtsfähigen Vereines [4]) ergangenes Vermächtnis wird sich häufig (so namentlich bei kleinen Vereinen [5]) dahin interpretieren lassen, dass es zugunsten der zur Zeit der Fälligkeit der Leistung bezw. zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Mitglieder desselben errichtet sein sollte, und dürfte somit wirksam sein. Die Vermächtniszuwendung wird dann zumeist als mit der Auflage beschwert anzusehen sein, das Zuge-

---

[1]) Im übrigen sei auf Kipp in Erlanger Festschrift 1901 und auf die Diss. v. König und Nobe verwiesen.

[2]) Ist in einer letztwilligen Einzelverfügung ein bestimmter Destinatär genannt, so wird häufig mangels näherer Umschreibung seitens des Erblassers zu untersuchen sein, ob eine Auflage oder ein Vermächtnis gewollt war. Im Zweifel dürfte dann ein Vermächtnis gemeint sein, da die Begünstigung einer bestimmten Person durch ein Vermächtnis viel wirksamer erreicht wird als durch eine Auflage. Ferner ist zu beachten, dass das Rechtsinstitut der Auflage dem Volke wenig geläufig ist. Vergl. Dernburg, BR V. S. 246; Eichhorn-Goldmann, Anm. II, 1 zu §§ 2192 bis 2196.

[3]) Vergl. hierzu die eventl. möglichen Ausnahmen für Ordensleute, juristische Personen und Ausländer gem. Art. 86, 87, 88 EG.

[4]) Ein Vermächtnis zugunsten einer nicht rechtsfähigen Person als solcher ist dagegen unwirksam. Das gilt jedoch nach herrschender Ansicht nicht auch für die offene Handelsgesellschaft, welche, obwohl sie keine juristische Person ist, gem. § 24 HGB erbfähig und somit auch fähig ist, mit Vermächtnissen bedacht zu werden. Vergl. Staub-Bondi, § 124 II; Staudinger, § 1923, 7; Joseph Arch. bürg. R., Bd. 20, S. 233; Strohal, S. 28, N. 5; Dernburg, BR V, S. 25.

[5]) Vergl. Joseph l. c.

wendete im Interesse des Vereinszwecks zu verwenden[1]). Auch könnte in einem solchen Falle eine Auflagebeschwerung der Erben gemeint sein in dem Sinne, dass von ihnen eine Leistung zur Erfüllung eines bestimmten Vereinszwecks zu erfolgen hat. Hier ist natürlich völlig gleichgültig, ob der betreffende Verein juristische Persönlichkeit hat oder nicht.

Ein Vermächtnis kann ferner zugunsten einer zur Zeit des Erbfalls noch nicht existenten Person, oder zugunsten einer Person, welche erst durch ein nach dem Erbfalle eintretendes Ereignis bestimmt wird, errichtet werden (§ 2178). Dies gilt auch für noch nicht entstandene juristische Personen (bspw. für noch zu gründende Stiftungen[2]). Ob diese Vorschrift auch auf die Auflage ausgedehnt werden kann, ist nicht unbestritten, da der § 2192 in seiner Aufzählung der auf die Auflage anzuwendenden Bestimmungen des Vermächtnisrechts dem § 2178 nicht erwähnt. Mir scheint, dass die Aufzählung des § 2192 keine völlig abschliessende und jede sinngemässe Anwendung anderer Paragraphen des Vermächtnisrechts ausschliessende Regelung sein sollte[3]), und ich möchte deshalb auch den § 2178 für die Auflage für sinngemäss anwendbar halten, zumal für eine verschiedene Behandlung hier keinerlei zwingende Begründung vorgebracht werden kann. Vielmehr würde angesichts des weit grösseren Spielraums, der der Auflage bei Bestimmung von Leistungsinhalt, Leistungszeit und Leistungsempfänger im Verhältnis zum Vermächtnis im übrigen eingeräumt

---

[1]) Vergl. Strohal I, S. 131 RAO. § 86, dazu Entsch d. Reichsfinanzhofs I A, S. 58.

[2]) Vergl. Planck, § 2178, Erl. 2.

[3]) A. M. Endemann III, § 73.

wird, hier eine einschränkende Behandlung der Auflage m. E. sinnwidrig erscheinen [1]).

Dass auch ein Nasciturus gemäss § 1923 II durch eine Auflage oder ein Vermächtnis wirksam begünstigt werden kann, begegnet keinem Zweifel [2]).

Bedachte können beim Vermächtnis auch mehrere Personen sein, denen derselbe Gegenstand vermacht wird. Im Innenverhältnis bilden diese eine Gemeinschaft nach Bruchteilen (§ 2157 in Verb. mit §§ 2080/2083). Ihre Forderungsrechte gegen die Erben unterliegen der gesetzlichen Regelung der §§ 420 bis 432.

Grundsätzlich wird das Recht letztwilliger Verfügungen von dem Satz «certum consilium debet esse testantis» beherrscht. Vermächtnis und Auflage sollen grundsätzlich bestimmt sein, d. h. ihr Umfang, Gegenstand und auch ihr Empfänger darf nicht von einem Dritten festgesetzt werden, sondern muss vom Erblasser selbst bestimmt werden (§ 2065). Dieser Grundsatz wird, was die Person des Empfängers angeht, für das Vermächtnis in §§ 2151/2153 und noch weitergehend für die Auflage in § 2193 durchbrochen [3]). So kann beim Vermächtnis der Bedachte gemäss § 2151 aus mehreren vom Erblasser bestimmten Personen vom Beschwerten oder einem Dritten ausgewählt werden §§ 2151/2152).

Das Wahlrecht beim Vermächtnis beschränkt sich also immer auf einen übersehbaren Kreis vom Erlasser genau erkennbar angeführter Personen. Die Bestimmung des Bedachten hängt hier also niemals von der Willkür des Beschwerten ab [4]). Anders bei der Auflage. Hier gilt

[1]) Vergl. Berthold, S. 41.

[2]) Vergl. Prot. V, S. 212; Mot. V, S. 11; Staudinger, § 1923, Erl. 3.

[3]) Vergl. Dernburg, v. R. V., S. 244, N. 2; Strohal I, S. 133.

[4]) Vergl. RG Z. 96, S. 15 ff; Kipp, S. 329; J. W. 1925, S. 2147 (Herzfelder).

kraft besonderer gesetzlicher Regelung des § 2193, dass der Erblasser die Bestimmung der Person, welcher die Auflage zugute kommen soll, dem Beschwerten oder einem Dritten nach freiem Belieben überlassen kann. Allerdings muss der Erblasser dann wenigstens den Zweck der Auflage hinreichend bestimmt haben (bspw. zur Unterstützung Armer, fleissiger Studenten, begabter Künstler usw.). Soweit die Auswahl der begünstigten Personen nicht geradezu dem vom Erblasser festgelegten Zweck widerspricht, kann sie vom Beschwerten völlig willkürlich vorgenommen werden. Eine richterliche Nachprüfung ist ausgeschlossen [1]). Diese Erweiterung der Befugnisse des Beschwerten erklärt sich aus dem Wesen der Auflage, durch die eben nur ein bestimmter Nebenzweck verfolgt und nicht eine Zuwendung gemacht werden soll [2]).

Inwieweit der «Beschwerte» selbst durch ein Vermächtnis «bedacht» werden kann, wird weiter unten bei der Behandlung des Vorausvermächtnisses zu untersuchen sein [3]).

Der durch eine Auflage Beschwerte kann naturgemäss nicht auch zugleich Auflagenehmer sein. Es ist allerdings eine Auflage, welche lediglich das eigene Interesse des Beschwerten verfolgt, möglicherweise wirksam. Doch ist eine solche Auflage (etwa Vorschriften des Erblassers, wie der Erbe das ererbte Handelsgeschäft führen solle) immer nur eine Zweckbestimmung der Art, dass eine Leistung an sich zu bewirken ist, so dass hier von einem Auflagenehmer, einem Destinatär der Auflageleistung überhaupt nicht die Rede sein kann.

---

[1]) Vergl. Dernburg, BR. V, S. 245 u. N. 3, 4.

[2]) Vergl. Planck, § 2193, Erl. 1; RGRK. § 2193, Erl. 1; Prot. V, S. 30; Strohal I, S. 262. Ob und inwieweit die §§ 2151/2153 auf die Auflage Anwendung finden können, vergl. Dernburg, BR. l. c.

[3]) Vergl. S. 85 ff der Arb.

2. Gegenstand von Vermächtnis und Auflage

a) Im allgemeinen

a) Der Vermächtnisgegenstand

Da das Vermächtnis eine obligatorische Verpflichtung des Beschwerten erzeugt, kann Gegenstand des Vermächtnisses alles sein, was Gegenstand einer Obligation sein kann, soweit hierdurch dem Bedachten ein Vermögensvorteil erwächst[1]). Deshalb ist die letztwillige Anordnung der Vornahme oder Unterlassung gewisser Handlungen (etwa ein Dulden[2]) seitens des Beschwerten) dann als Vermächtnis anzusehen, wenn hierdurch die Zuwendung eines Vermögensvorteils bezweckt war, d. h. wenn die Erfüllung dieser letztwilligen Verfügungen einen Dritten auch wirklich begünstigt und ihm gleichzeitig ein obligatorisches Recht auf die Vornahme (bezw. das Unterlassen event. Dulden) der Handlung eingeräumt werden sollte[3]).

In der Regel ist der Gegenstand des Vermächtnisses eine bestimmte Sache aus dem Nachlasse[4]) (worunter

---

[1]) Vergl. S. 3 f der Arb.; ferner Motive V, S. 142.

[2]) Vergl. a. Staudinger u. Planck, § 1939.

Als Beispiele für Unterlassung oder Duldung: (Nichteinziehen einer Schuld, ohne dass eine eigentliche Befreiung gewollt war. Vergl. OLG. 21, S 308, Dulden der Einsichtnahme in ein Familienarchiv usw.)

[3]) Vergl. Mot. V, S. 142; Staudinger, Vorb. II zu § 2147 ff.

[4]) Die Nachlassache ist in dem tatsächlichen Zustande, in welchem sie sich bei Eintritt des Erbfalls befindet, zu leisten. (Vergl. Mot. V, S. 163; Endemann III, S. 708.)

Ueber den Umfang der zu bewirkenden Sachleistung, insbesondere wenn eine Sache mit Inhalt oder der Inhalt eines bestimmten Behältnisses vermacht wurde, hat das BGB keine besondere Be-

natürlich auch mehrere Sachen, Sacheninbegriffe und Summen zu verstehen sind). Dass die vermachte Sache einen in Geld schätzbaren Vermögenswert besitze, ist nicht erforderlich. (Man denke z. B. an das Vermächtnis von Familienbriefen). Nicht selten werden auch Vermächtnisse des Inhalts angeordnet, dass die vermachte Summe in Teilleistungen nach dem jeweiligen Ablauf einer bestimmten Frist geleistet werden soll, oder dass in bestimmten Zeitabschnitten bestimmte Gegenstände zu leisten sind (sog. Renten- und Alimentenvermächtnisse). Eine besondere Regelung für diese Vermächtnisarten zu treffen, wurde bei der Abfassung des BGB für entbehrlich gehalten[1]).

Auch die Aufhebung einer Belastung, die Sicherung eines Anspruchs, die Anerkennung eines zweifelhaften Rechts, können für den Bedachten einen Vermögensvorteil in sich schliessen und können deshalb wirksam zum Gegenstand eines Vermächtnisses gemacht werden. (Z. B. Entlassung einer dem Bedachten gehörenden Sache aus der Pfandverstrickung, Löschung einer Hypothek (ohne dass die Forderung, zu deren Sicherstellung sie bestellt war, erlassen werden soll), Einräumung eines Pfandrechts, Anerkennung einer Schuld[2]) usw. usw.). Das Vermächtnis ist

---

stimmungen getroffen, denn hierüber lässt sich nur nach Massgabe des konkreten Einzelfalles und durch Ermittlung des mutmasslichen Willens des Erblassers ein näherer Anhalt gewinnen. (Vergl. Mot. V, S. 169.)

[1]) Vergl. hierzu Dernburg, BR. V, S. 230; L. Z. 1915, Sp. 1097: Planck, § 2173, Erl. 4. (Für das röm. Recht vergl. Dig. de annuis leg. et Fid. 31, 1; Dig. de alimentis vel cibariis leg. 34, 1; vergl. hierzu Kœppen, S. 796; Dernburg, Pand. III, S. 216.) — Dass solche Renten- und Alimentenvermächtnisse noch heute recht häufig vorkommen, haben erst kürzlich die vielen Aufwertungsprozesse, in denen über solche Vermächtnisse verhandelt wurde, dargetan.

[2]) Vergl. Meischeider, S. 309.

seinem Wesen nach eine Zuwendung aus dem Nachlass. Deshalb darf grundsätzlich vermutet werden, dass der Erblasser bei der Zuwendung eines bestimmten Gegenstandes von der stillschweigenden Annahme ausging, dass diese Sache auch wirklich ihm gehöre. Darum hat das Vermächtnis eines bestimmten Gegenstandes, der zur Zeit des Erbfalls nicht zum Nachlasse gehört, immer dann als unwirksam zu gelten, wenn sich nicht erweisen lässt, dass der Erblasser den Gegenstand dem Bedachten auch für den Fall zugewendet wissen wollte, dass er nicht zur Erbschaft gehöre (§ 2169). Den Nachweis hat der Bedachte zu erbringen [1]). Der Erbe wird dann verpflichtet, den Gegenstand dem Bedachten zu verschaffen *(Verschaffungsvermächtnis* [2]). Ist er hierzu ausserstande, so hat er den Wert zu entrichten. Für den Fall, dass die Verschaffung der Sache nur mit unverhältnismässig grossen Aufwendungen zu bewirken wäre, (§ 2170) *kann* [3]) sich der Beschwerte durch Entrichtung des Wertes befreien.

Der Vermächtnisgegenstand muss vom Erblasser grundsätzlich selbst bestimmt werden. Jedoch darf er anordnen, dass der Vermächtnisnehmer von mehreren bestimmten Gegenständen den einen oder anderen erhalten solle (Wahlvermächtnis). Ferner kann er den vermachten Gegenstand nur nach Gattung und Art bestimmen (Gattungs-

---

[1]) Vergl. RG. Urt. v. 10. Okt. 25. 201/25; b. Sörgel, Rspr. 1926, S. 254.

[2]) Vergl. Mot. V, S. 161; Staudinger, S. 607; Strohal I, S. 244; Peiser, S. 171.

Nach röm. Recht ist das Vermächtnis einer fremden Sache gültig, wenn der Erblasser wusste, dass die Sache eine fremde war. (§ 4, J. de leg. (2, 20); § 1, J. de sing. reb. p. f. r. (2, 24); 1. 39, § 7, D. de leg I, 30); vergl. Jörs, S. 224; Meischeider, S. 374.

[3]) Er hat hier also eine facultas alternativa Vergl. §§ 251/262; Prot. V, S. 171; Planck, § 2170, Erl. 2; Staudinger ebenda, Erl. II, 3.

vermächtnis), oder auch nur den Zweck und den Empfänger des Vermächtnisses bezeichnen und die Leistung dem billigen Ermessen eines Dritten oder des Beschwerten überlassen. (Zweckvermächtnis) (§§ 2154/2156 BGB).

b) Der Gegenstand der Auflageleistung.

Bei der Auflage kann jede erlaubte und mögliche Leistung Gegenstand der Beschwerung sein [1]). Ihr Gegenstand ist nicht auf die vermögensrechtliche Sphäre beschränkt und braucht nicht mit dem Nachlass oder der zugewendeten Sache im Zusammenhang zu stehen.

Die Auflage kann zunächst in der Verpflichtung zur Leistung eines bestimmten Gegenstandes bestehen. Gehört der betreffende Gegenstand nicht zum Nachlass, so ist natürlich der § 2169 nicht anwendbar, denn der Auflage liegt ja keineswegs die Vermutung zu Grunde, dass sie sich auf eine Verfügung über den Nachlass beschränken will (arg: 1940).

Zu einer wirksamen Auflagenordnung ist die Angabe des Zwecks, den sie verfolgen will, ausreichend. Es kann deshalb nicht nur die nähere Bestimmung des Leistungsempfängers [2]), sondern auch die nähere Auswahl des Leistungsgegenstandes und des Umfanges der Leistung dem Beschwerten vom Erblasser überlassen werden, wenn nur der Zweck der Auflage von ihm hinreichend klar umgrenzt wird.

Eine Auflage etwa des folgenden Inhalts: «Mein Erbe X soll drei bedürftige Studenten meiner Heimatstadt bis zum Examen ausreichend unterstützen», dürfte m. E. gültig sein, obwohl hier weder die Personen noch der Gegen-

[1]) Vergl. Crome, S. 503 ff; Prot. V, S. 241; Mot. V, S. 231; Dernburg, BR. V, S. 243

[2]) Vergl. S. 61 der Arb.

stand der Leistung genau bestimmt ist. Der Beschwerte kann hier die zu Unterstützenden nach Gutdünken auswählen und ferner auch die Art der Unterstützung (ob durch direkte Geldspenden, oder durch Beschaffung von Freitischen und Lehrmitteln usw.) frei bestimmen [1]) (arg: § 2156 i. Verb. m. §§ 2192 und 2193).

Der Gegenstand und Inhalt einer Auflagebestimmung kann ein ausserordentlich mannigfaltiger sein und ist durch Aufzählung nicht zu erschöpfen.

Es mögen hier einige Beispiele folgen, welche die Vielgestaltigkeit der Auflage und damit die grosse Bedeutung, die diesem Rechtsinstitut zukommt, näher beleuchten sollen.

1. Auflagen im Interesse des Erblassers.

Auflagen ein Grabmal zu errichten, einen Nachruf zu veröffentlichen, die Grabstätte zu schmücken, Jahrmessen zu stiften usw.

2. Auflagen im Interesse der Oeffentlichkeit.

Auflagen einen Park dem Publikum zugänglich zu machen (oder einen Sportplatz, eine Sammlung, eine Bibliothek, eine wohltätige Stiftung ins Leben zu rufen usw.).

3. Auflagen zugunsten bestimmter Personen oder Personenkreise.

Auflagen zugunsten eines Dienstboten, zugunsten armer Künstler, Literaten, Waisen, Krüppel usw.

4. Auflagen, die auf eine Leistung an sich im Interesse der Erhaltung einer Sache (Pflege eines Tieres, einer Pflanze usw.), oder auf ein bestimmtes Tun (Herausgabe eines wissenschaftlichen Werkes, Tagebuch, Memoiren, Briefe usw.) oder Unterlassen gerichtet sind (Verbot einer solchen Veröffentlichung) usw. usw.

[1]) Vergl. Crome, S. 505.

b) Vermächtnisse oder Auflagen der in den §§ 2154/56 bezeichneten Art

a) Wahlvermächtnis

(obj. alternatives Vermächtnis)

Der Erblasser kann ein Vermächtnis (bezw. eine Auflage) in der Art anordnen, dass der Bedachte (bezw. Aufnahmeempfänger) von mehreren Gegenständen nur den einen oder anderen erhalten soll (§ 2154 in Verbindung mit § 2192). (Wahlvermächtnis bezw. Wahlauflage[1]).

Die Bestimmung des Gegenstandes wird gewöhnlich durch Wahl erfolgen, doch kann der Erblasser auch eine andere Art der Bestimmung der zu leistenden Sache anordnen (bspw. durch Losziehung[2]). Ist nichts Näheres angeordnet, so erfolgt sie durch Wahl. Auf die Frage, wer wahlberechtigt ist, gibt das Gesetz an dieser Stelle keine Antwort. Es gelten demnach auch hier die allgemeinen Vorschriften über Wahlobligationen (§§ 262/265). Wahlberechtigt ist dort im Zweifel der Schuldner, also beim Vermächtnis der Beschwerte[3]).

Die Wahl erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Bedachten. Die Erklärung ist unwiderruflich und hat die Wirkung, dass der gewählte Gegenstand als von Anfang an geschuldet gilt (§ 263 II).

Ist der Beschwerte bei der Vornahme der Wahl säumig, so kann der Bedachte, falls die Voraussetzungen des § 264 I vorliegen, die Wahl vornehmen. D. h. der Beschwerte kann alternativ auf Leistung des einen oder

---

[1]) Für das röm. Recht vergl. D. 33, 5 de optione vel electione legata (legatum optionis u. legatum alternativum) Vergl. Koppen, S. 789/790.

[2]) Vergl. Meischeider, S. 395.

[3]) Vergl. näheres b. Maretzki, S. 25 f.

anderen Gegenstandes verklagt werden. Das Urteil lautet dann auf Leistung entweder des einen oder des anderen Gegenstandes. Der Kläger kann nun nach Wahl die Zwangsvollstreckung auf die eine oder andere Sache richten. Doch kann sich der Beschwerte, solange der Bedachte nicht gewählten Gegenstand erhalten hat, durch Leistung des andern befreien (§ 264).

Der Erblasser kann die Wahl auch einem Dritten oder dem Bedachten überlassen. Die Wahl erfolgt hier durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten. (§ 263).

Steht das Wahlrecht einem Dritten zu und kann dieser die Wahl nicht vornehmen, so geht das Wahlrecht auf den Beschwerten über. Verzögert der Dritte die Vornahme der Wahl, so kann ihm auf Antrag eines der Beteiligten durch das Nachlassgericht eine Frist gesetzt werden. (§§ 2154 II 2. 2151 III). Nach Ablauf der Frist erhält der Beschwerte das Wahlrecht, sofern nicht der Dritte vorher gewählt hat.

Ist das Wahlrecht dem Bedachten überlassen worden, und gerät dieser mit der Vornahme der Wahl in Verzug so kann ihm der Beschwerte eine Frist zur Vornahme setzen, nach deren erfolglosen Ablauf, das Wahlrecht auf diesen übergeht. (§ 2154 II).

War eine der alternativ angeordneten Leistungen von Anfang an unmöglich oder wird sie später unmöglich, so beschränkt sich, sofern nicht der nicht wahlberechtigte Teil die Unmöglichkeit zu vertreten hat, das Vermächtnis auf die übrige Leistung (bzw. übrigen Leistungen[1]).

b) Das Gattungsvermächtnis und die Gattungsauflage[2]).

Ein Gattungsvermächtnis (bzw. Gattungsauflage) liegt vor, wenn der Erblasser den vermachten Gegenstand

[1]) Näheres vergl. Strohal, S. 251, Note 1. Planck, § 2154, Erl 2.
[2]) Für das röm. Recht vergl. Windscheid, § 655.

(bzw. die auferlegte Leistung) nur der Gattung nach bestimmt hat.

Die durch ein solches Vermächtnis erzeugte Genusobligation hat in § 2155 eine besondere gesetzliche Regelung erhalten, welche von der allgemeinen Normierung des § 243 in soweit erheblich abweicht als nicht eine Sache mittlerer Art und Güte zu leisten ist, sondern eine Sache, welche nach den jeweiligen Verhältnissen des Bedachten entspricht. (Z. B.[1]) einem Violinvirtuosen eine vorzügliche Geige, einem Kavallerieoffizier ein gutes Reitpferd).

Ergeben die Verhältnisse des Bedachten keinen ausreichenden Anhalt zur Bestimmung des Gegenstandes, so dürfte mit Planck[2]) eine subsidiäre Anwendung des § 243 gegeben sein.

Die Leistung eines unter der durchschnittlichen Art und Güte stehenden Gegenstandes wird dem Beschwerten in der Regel nicht gestattet sein, da sie höchstwahrscheinlich dem Willen des Erblassers (der doch keine minderwertige Sache vermachen wollte) nicht gerecht würde.[3])

Die Bestimmung über den zu leistenden Gegenstand kann vom Beschwerten oder auch von einem Dritten oder endlich vom Bedachten[4]) getroffen werden. Ist nichts Näheres vom Erblasser angeordnet, so ist die Bestimmung vom Beschwerten zu treffen. Das erhellt aus dem Wesen der Gattungsschuld[5]) (§ 243).

---

[1]) Beispiele b. Staudinger, Bem. IV zu §§ 2151/2156.

[2]) Planck, § 2155, Erl. 2.

[3]) Vergl. auch §§ 133, 242; ferner Staudinger, Bem. IV, §§ 2151/2154.

[4]) Im röm. Recht hatte beim legatum generis in der Regel der Bedachte die Wahl, vergl. l. 137 pr. D. de leg. 30.

[5]) Vergl Prot. V, S 197; Meischeider, S. 398; Planck, § 2155, II.

Ist die Wahl von einem Dritten oder dem Bedachten zu treffen, und entspricht diese Wahl den Verhältnissen des Bedachten offenbar nicht (d. h. beruht sie auf einem groben Irrtum oder einem Missbrauch des Rechtes des Bestimmungsberechtigten [1]), so ist sie für den Beschwerten nicht bindend. Der Beschwerte kann dann die Wahl selber treffen, er hat so zu leisten, wie wenn über die Bestimmung der Sache eine letztwillige Verfügung getroffen worden wäre. (§ 2155 III). Wird die Feststellung, ob die von dem Dritten oder den Bedachten getroffenen Bestimmung auch den Verhältnissen des Bedachten entspreche, zum Gegenstand einer gerichtlichen Untersuchung gemacht, so hat sich das Gericht auf diese Feststellung zu beschränken [2]). Es kann nicht selber die Bestimmung treffen. Bejaht das Gericht die Ansicht des Beschwerten, dass die Bestimmung offenbar nicht den Verhältnissen des Bedachten entspreche, so hat der Beschwerte die Leistung zu treffen. Glaubt nun aber der Bedachte, dass diese Bestimmung des Beschwerten den Voraussetzungen des § 2155 II auch nicht entspreche, so kann er dies zum Gegenstand einer weiteren gerichtlichen Untersuchung machen. Stellt sich das Gericht auf den Standpunkt des Bedachten, so dürfte nach herrschender Ansicht [3]) das Gericht die zu leistende Sache urteilsmässig bestimmen können, da sonst der Bedachte nicht zu seinem klagbaren Recht auf den Vermächtnisgegenstand käme [4]).

[1]) Vergl. Staudinger l. c.

[2]) Vergl. Staudinger §§ 2154/2156, Erl. IV; Strohal I, S. 250; Meischeider, S. 400.

[3]) Staudinger, §§ 2154/2156, Bem. IV, 5.

[4]) Soweit hier und weiter oben vom Rechte des Bedachten die Rede ist, gilt dies natürlich immer nur beim Vorliegen eines Vermächtnisses, da bei einer Auflage überhaupt kein Bedachter im Sinne des Gesetzes vorhanden ist. Doch dürfte hier an die Stelle des Bedachten der nach § 2194 Vollzugsberechtigte treten.

Was die Gewährleistungspflicht des Beschwerten anbelangt, so weicht hier die gesetzliche Regelung von den allgemeinen für das Vermächtnis geltenden Vorschriften insoweit ab als den Beschwerten nicht nur eine Gewährleistungspflicht für Mängel im Recht, sondern auch eine solche für Sachmängel trifft. (vgl. §§ 2182, 2183). Die allgemeinen Vorschriften über den Kauf sind hier entsprechend anzuwenden (und zwar die §§ 433, 434-437, 440 II - IV, 441 - 444), jedoch nicht die Vorschriften über Wandlung und Minderung. Statt Wandlung und Minderung steht dem Bedachten ein Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache zu und bei arglistiger Verschweigung eines Fehlers ein solcher auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung [1]).

Ein Gattungsvermächtnis (bzw. eine Gattungsauflage) ist auch dann gültig, wenn sich im Nachlass Sachen der fraglichen Gattung überhaupt nicht vorfinden.

Vielfach wird auch vom Erlasser ein gattungsmässig bestimmter Gegenstand aus dem Nachlass zugewendet [2]), (bspw. Ein Rind aus meiner Herde) — sog. gemischt generisches Vermächtnis — dann ist natürlich ein solches Vermächtnis nur wirksam, wenn sich Sachen der genannten Gattung auch wirklich noch im Nachlasse vorfinden [3]).

Im Entwurf I war angeordnet, dass auf ein gemischtgenerisches Vermächtnis die Vorschriften über das Wahlvermächtnis entsprechende Anwendung finden sollten. Diese

---

[1]) Vergl. näheres bei Maretzki, S 28 f, S. 34 f; Staudinger, Bem. zu §§ 2181/2182, S. 624—626.

[2]) Vergl. Fischer-Colb in Grünhuts Zeitschrift 41, S. 167.

[3]) Ueber die oft schwer zu ziehende Abgrenzung vom Wahlvermächtnis und gem. gen. Verm. vergl. Havenstein i. Grüchots Beiträgen, Bd. 55, S. 469.

Bestimmung [1]) wurde gestrichen, weil die Frage, ob ein Wahl- oder Gattungsvermächtnis vorliege, besser der Auslegung im einzelnen Falle überlassen bleiben solle [2]).

c) Zweckvermächtnis und Zweckauflage

Der Erblasser kann, falls er den Zweck [3]) eines Vermächtnisses (bezw. Auflage) hinreichend bestimmt hat, die Bestimmung der Leistung [4]) dem billigen Ermessen des Beschwerten oder eines Dritten (nicht des Bedachten) überlassen (§ 2156 i. V. m. § 2192). Die §§ 315—319 finden entsprechende Anwendung.

Hat der Beschwerte die Bestimmung der Leistung zu treffen und ist die Bestimmung unbillig, so ist sie für den Bedachten (gem. § 315 III) unverbindlich, und wird dann durch Urteil getroffen. Verzögert der Beschwerte die Bestimmung, so erfolgt sie ebenfalls durch Urteil.

Steht die Bestimmung der Leistung bei einem Dritten und trifft dieser eine offenbar [5]) unbillige Bestimmung, so ist sie für den Bedachten und den Beschwerten nicht verbindlich (§ 319). Die Bestimmung erfolgt in diesem

[1]) Prot. V, S. 200 ff.

[2]) Vergl. Strohal I, S. 251; Boehm, S. 146; Planck, 2155 III.

[3]) Der Zweck muss aus der Anordnung klar und eindeutig hervorgehen. «Verschenken» genügt bspw. nicht, wohl aber: «zu wohltätigen Zwecken verschenken». Vergl. J. W. 1925, S. 2147 (Herzfelder).

[4]) Jedoch darf vom Erblasser nicht die Bestimmung, ob geleistet werde, dem Beschwerten oder einem Dritten überlassen werden (vergl. §§ 2064/2065); vergl. R. G. Recht 1911, Nr. 141.

[5]) Also anders als wenn der Beschwerte die Bestimmung zu treffen hat. Man will bei der Bestimmung durch einen Dritten, «da hier doch schon ein Unparteiischer gesprochen hat, die Bemängelung erschweren». (Frz. Leonhard, Allgem. Schuldr., S. 86); Enneccerus-Kipp, § 127. Die Grenze zwischen «einfacher» Unbilligkeit und offenbarer Unbilligkeit ist allerdings schwer zu ziehen. Vergleiche D. J. Z. 1914, S. 554.

Falle durch Urteil. Das Gleiche gilt für den Fall, dass der Dritte die Bestimmung verzögert, oder sie nicht treffen kann oder nicht treffen will (§ 319, S. 2).

Endlich ist noch der Fall denkbar, dass der Erblasser angeordnet hat, die Bestimmung habe durch mehrere «Dritte» zu erfolgen, oder dass mehrere Miterben mit einem solchen Zweckvermächtnis (bezw. Zweckauflage) beschwert sind. Hier ist die Uebereinstimmung der mehreren Personen erforderlich. Ist eine Uebereinstimmung nicht zu erzielen, so dürfte das Gericht, in gleicher Weise wie bei der Verzögerung der Bestimmung, die Bestimmung durch Urteil zu treffen haben. Soll eine Summe bestimmt werden, so wird bei Nichtübereinstimmung der mehreren Personnen die Durchschnittssumme massgebend sein (§ 317 II), soweit sie nicht etwa der Billigkeit[1]) zuwiderläuft. Falls beim Wahl- oder Zweckvermächtnis die Wahl oder Bestimmung durch Drohung, Zwang oder Irrtum beeinflusst wurde, ist sie anfechtbar und zwar nicht nur beim Zweckvermächtnis, wo dies durch den Hinweis des § 2156 auf § 318 II ausdrücklich gesagt ist, sondern auch beim Wahlvermächtnis, «denn das Recht kann unmöglich gewillt sein, dem Betrug oder dem Zwang einen Freipass zu geben, oder auch dem Irrtum Raum zu lassen» (Dernburg, B. R. V, S. 197).

c) Vermächtnis und Auflagen besonderen Inhalts

Im vorliegenden Abschnitt möchte der Verfasser einen Ueberblick über einige häufigere Sonderarten von Vermächtnissen geben, welche im bürgerlichen Recht keine ausdrückliche Regelung[2]) gefunden haben, deren Eigen-

[1]) D. h. bei Bestimmung durch Miterben nicht unbillig, bei Bestimmung durch mehrere Dritte nicht offenbar unbillig wird.

[2]) Wenn man von § 2173 absieht, welcher das im Folgenden mit zu behandelnde Forderungsvermächtnis betrifft.

art oder praktische Bedeutung jedoch eine eingehendere Behandlung angezeigt erscheinen liessen.

Es bedarf hier keiner näheren Begründung mehr, dass auch Auflagen mit dem jeweiligen Leistungsinhalt der in der Folge zu besprechenden Verhältnisse auferlegt werden können. Solche Auflagen werden jedoch zumeist recht unpraktisch sein und deswegen nur selten vorkommen. Verfasser glaubte deshalb von einem jedesmaligen Hinweis auf die Auflage wenigstens überall dort absehen zu dürfen, wo sie im Verhältnis zum Vermächtnis keine andere Besonderheit aufweist, als dass sie kein Forderungsrecht des Begünstigten erzeugt.

a) Das Befreiungsvermächtnis (legatum liberationis)

Ein Befreiungsvermächtnis liegt vor, wenn der Erblasser dem Bedachten einen Gegenstand vermacht, welchen dieser selber schuldig ist[2]).

Das Befreiungsvermächtnis hat die Wirkung, dass der Vermächtnisnehmer einen obligatorischen Anspruch auf Befreiung gegenüber dem Erben (bzw. Erstvermächtnisnehmer) erhält. Die Schuld gilt nicht als unmittelbar erloschen[3]). Das würde dem Wesen des Vermächtnisanspruchs als reine Obligation ohne unmittelbare Wirkung widersprechen. Doch kann der Bedachte den Anspruch auf Befreiung bei einer eventuellen Einklagung der Schuld einredeweise geltend machen[4]). Das Befreiungsvermächt-

[1]) Vergl. a. Prot. V., S. 6.

[2]) Für das röm. Recht: vergl. Dig. de lib. leg. 34, 3; Koeppen, S. 804; Windscheid III, S. 689; für die Partikularrechte: ALR. I. 12, § 425 ff; Sächs. BGB, §§ 2482; A. B. G. B. § 663; Meischeider, S. 416 ff.

[3]) Vergl. LZ. 1914, Sp. 760 (RG); OLG. 21308; Iherings Jhrb. 41, 355.

[4]) Vergl. Strohal, S. 254. Das dürfte auch für die Auflage gelten. Denn obwohl der Auflagenehmer kein subjektives Recht auf

nis hat ferner selbstverständlich die Wirkung, dass der Beschwerte eine eventuelle pfandrechtliche Verstrickung aufzuheben, oder einen Schuldschein dem Bedachten herauszugeben hat. Das bedarf wegen der akzessorischen Natur dieser Rechtsverhältnisse keiner näheren Begründung.

Ein Befreiungsvermächtnis kann auch für den Fall errichtet werden, dass ein Dritter Gläubiger oder Forderung ist, von der der Bedachte befreit werden soll. Der Bedachte erwirbt dann gegen den Beschwerten ein Recht auf Befreiung durch Befriedigung des Dritten (oder eventl. Schuldübernahme).

Existiert die Schuld, von der der Bedachte befreit werden sollte, nicht oder nicht mehr, so ist das Vermächtnis unwirksam (§ 2171), es sei denn, dass der Beweggrund des Vermächtnisses nicht so sehr die Annahme von dem Bestehen einer Schuld war als vielmehr die Absicht des Erblassers, dem Bedachten eine Gunst zu erweisen, dass also der Wille des Erblassers nicht auf ein eigentliches Befreiungsvermächtnis sondern auf die Zuwendung eines bestimmten Geldbetrags gerichtet war [1]).

b) Das Schuldvermächtnis (leg. debiti proprii)

Schuldvermächtnis nennt man das Vermächtnis eines Gegenstandes, den der Bedachte schon vom Erblasser zu fordern berechtigt war. Eine eigentliche Liberalität [2])

Befreiung von der Schuld hat, so kann er doch darauf hinweisen, dass der Erbe verpflichtet ist, ihm die Schuld zu erlassen und dass dolo petit qui petit quod statim redditurus est.

[1]) Vergl. Meischeider, S. 417; Strohal, S. 254; Planck, § 2173 III a; D. I. Z. 1918, Sp. 125; OLG. 8, 275.

[2]) Deshalb die grundsätzlich ablehnende Stellungnahme des röm. Rechts. Inutile est legatum, si nihil plus est in legato, quam in debito, (od.) si nihil interest creditoris. § 14 I de leg. (2, 20); L

des Erblassers ist in einem solchen Vermächtnis nicht zu erblicken. Dennoch liegt ein Vermögensvorteil für den Bedachten in der Zuwendung eines solchen Vermächtnisses, weil es den Anspruch des Schuldners erhärtet und ihm ferner einen zweiten, vom ursprünglichen Rechtsgrunde unabhängigen Forderungstitel [1]) in die Hand gibt, auf Grund dessen die Forderung häufig leichter realisierbar wird. Darum bestehen für das geltende Recht (§ 1939) keinerlei Bedenken betreffs der Wirksamkeit eines solchen Vermächtnisses [2]).

Eine Auflage des entsprechenden Inhalts ist für den begünstigten Gläubiger häufig schon deshalb nicht bedeutungslos als sich aus dem Inhalt der Auflageverfügung im Testament für ihn Beweiserleichterungen für den Bestand der Forderung überhaupt ergeben können [3]).

Wurde die Leistung schon vor dem Erbfall durch den Erblasser bewirkt, so ist das Schuldvermächtnis natürlich gegenstandslos [4]).

Existierte dagegen die Forderung des Bedachten überhaupt nicht und hat der Erblasser ihm doch eine bestimmte Summe als ihm schuldig vermacht, so bleibt das Vermächtnis gültig [5]). Allerdings wird gemäss § 2078

29 D. de leg. (30); vergl. Koppen, S. 802; Windscheid III, § 658; Dernburg Pan III, § 112, 3.

[1]) Der Bedachte kann, wenn er wegen des einen Anspruchs abgewiesen wurde, den anderen Anspruch immer noch geltend machen.

[2]) Vergl. Meischeider, S. 422, 423; Motive V, S. 151; Bœhm, S. 153; Strohal I, § 37 II.

[3]) Vergl. Windscheid, S. 607; OLG. 12, 365.

[4]) Vergl. Planck, § 2173 III b.

[5]) Jedoch ergibt sich auch hier von selbst, dass eine Vermächtnisverfügung, die sich darauf beschränkt, jemanden etwas anzuwenden was der Erblasser ihm schulde ohne nähere Bezeichnung, bei Nichtexistenz der Schuld wegen der völligen Unbestimmtheit unwirksam sein muss.

ein solches Vermächtnis dann anfechtbar sein, wenn ein Irrtum des Erblassers vorlag und anzunehmen ist, dass er bei Kenntnis der Sachlage das Vermächtnis nicht errichtet haben würde[1]).

c) Vermächtnis von Rechten

a) Vermächtnis einer Forderung (leg. nominis)

Der Erblasser kann eine ihm zustehende Forderung zum Gegenstand eines Vermächtnisses machen (Forderungsvermächtnis, legatum nominis). Die vermachte Forderung geht nicht beim Erbfall unmittelbar auf den Vermächtnisempfänger über. Der Vermächtnisnehmer erwirbt nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Beschwerten auf Cession der Forderung[2]).

Existiert die Forderung zur Zeit des Erbfalls nicht mehr, so wäre das Vermächtnis gemäss § 1217 unwirksam, da die Leistung (Cession der Forderung) unmöglich ist. Hiervon macht § 2173[3]) in zwei Fällen eine Aus-

---

Es ist ja durchaus denkbar, dass der Erblasser im Bewusstsein der Unrichtigkeit der Erklärung ein bestimmtes Schuldverhältnis fingiert hat, um bspw. den Erben die Beschwerung plausibler zu machen. Ueber letztwillige Anerkennung vergl. Windscheid. S. 606, N. 2 und die dort zitierten.

[1]) Vergl. Strohal, S. 255; Planck 2173, Erl. III b.

[2]) So auch im römischen u. gem. Recht beim Damnationslegat, vergl. l. 44, § 6 D. de leg. I (30) u. § 21 J. de leg. (2, 20); Näheres vergl. b. Meischeider 410 n. 1 u. 2; Windscheid III, S. 688.

[3]) § 2173 gehört nicht zu den in § 2192 aufgezählten auf die Auflage anzuwendenden Paragraphen des Vermächtnisrechts. Jedoch erhellt die Möglichkeit, die Cession einer Forderung zum Gegenstand einer Auflage zu machen, unmittelbar aus § 1940. Man wird bei Vorliegen einer solchen Auflage in gleicher Weise wie beim Vermächtnis annehmen dürfen, dass bei vor Eintritt des Erbfalls erfolgter Bewirkung der Leistung die Forderungssumme (resp. der Forderungsgegenstand, falls sich derselbe noch in der Erbschaft befindet) nunmehr zum Inhalt der Auflage-

nahme. Einmal für den Fall, dass Gegenstand der Forderung ein bestimmter Geldbetrag[1]) war, es gilt dann die betreffende Summe[2]) als vermacht, auch dann, wenn eine solche sich nicht mehr im Nachlasse vorfindet. Ferner, wenn sich die Forderung auf Leistung eines bestimmten Gegenstandes erstreckte und der betreffende Gegenstand noch in der Erbmasse vorhanden ist. Hier wird das Forderungsvermächtnis als Vermächtnis des betreffenden Gegenstandes aufrechterhalten[3]).

Ging die vermachte Forderung des Erblassers gegen den Erben, so gelten die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit erloschenen Verhältnisse als nicht erloschen (§ 2175[4]).

---

verpflichtung werden soll. Es ist nicht einzusehen, warum die Erwägungen, welche den Gesetzgeber zur Ausnahmeregelung des § 2173 bestimmt haben, nämlich, dass es bei einem leg. nom. dem Erblasser in der Regel mehr auf die Zuwendung des Forderungs*gegenstandes* als der Forderung als solcher zu tun ist, nicht auch bei der Auflage gleichen Inhalts zutreffen sollten.

[1]) Nicht auch jede vertretbare Sache schlechthin wie bei der Beratung vorgeschlagen wurde.

[2]) In analoger Anwendung des § 2173 tritt bei vermachten Wertpapieren der Erlös aus denselben (vergl. KG. OLG. 10, 302) an deren Stelle.

[3]) Es ist gleichgültig ob die Schuld des Dritten vor dem Erbfall auf ausdrückliche Aufforderung des Erblassers getilgt wurde oder ohne solche (OLG. 42, 138). Dies dürfte, falls die Forderung auf einen bestimmten Geldbetrag ging, auch für den Fall gelten, dass die Forderung durch Aufrechnung seitens des Erblassers untergegangen ist (bestr.!). Staudinger II, 2; vergl. RGRK, § 2173 I; Planck l. c. 2 d; Strohal, § 33, N. 12.

[4]) Mot. V, S. 176 f. Sollte der Erbe den rechtl. Bestand der Forderung des Erblassers gegen ihn bestreiten, so dürfte mit Staudinger § 2175, Bem. 3 anzunehmen sein, dass dann der Bedachte die Klagen auf Cession der Forderung und auf Zahlung der Forderung miteinander verbinden darf. Bezgl. der Vollstrecker vergl. a. Planck.

Bestehen Sicherheiten für die vermachte Forderung (Bürgschaft- oder Pfandrechte), so gelten diese als mitvermacht. Das ergibt sich aus dem akzessorischen Charakter derselben von selbst [1]).

Die Zinsen der vermachten Forderung stehen dem Vermächtnisnehmer vom Zeitpunkt des Erbfalles zu (§ 2184). Vor dem Erbfall verfallene rückständige Zinsen gelten nur dann als mitvermacht, wenn der mutmassliche Wille des Erblassers dafür spricht [2]).

Falls der Erbe mit der vermachten Forderung gegen eine Forderung des Schuldners aufgerechnet hat, so haftet er dem Vermächtnisnehmer gemäss § 280 I auf Schadenersatz, da die ihm obliegende Leistung (Cession der Forderung an den Bedachten) infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich wird [3]).

Rechnet dagegen der Schuldner der Forderung mit einer ihn gegen den Nachlass zustehenden Forderung auf, so erhellt aus sinngemässer Anwendung der Vorschriften des § 2178, dass der Erbe den Bedachten nach Massgabe der Bereicherung, die er hierdurch erfahren, zu entschädigen hat [4]).

Wendet der Erblasser dem Vermächtnisnehmer eine fremde (einem Dritten oder dem Erben zustehende) Forderung zu, so liegt ein Verschaffungsvermächtnis vor (vgl.

---

[1]) Vergl. § 2174, § 401; ferner Meischeider, S. 416.

[2]) Vergl. Dernburg, BR. V, S. 233.

[3]) Mot. V, S. 160; Staudinger, Bem. 2, 2 zu § 2173; Planck, Bem. 2, d. z. § 2173. Dies gilt nicht für die Auflage, da der Auflagenehmer, weil ihm kein Recht auf die Cession der Forderung zusteht, kein Gläubiger im Sinne des § 280 ist. Vergl. *aber* § 2196 I; Mandorpf, S.

[4]) Im ersten Entwurf war dies noch ausdrücklich erwähnt, die betr. Bestimmung wurde jedoch von der zweiten Kommission als entbehrlich gestrichen (vergl. Mot. V, S. 159; Prot. V, S. 176).

§ 2169 u. 2170 u. S. 64 der Arb.). Die Auslegungsregeln des § 2173 für den Fall der Rückzahlung der Forderung vor Eintritt des Erbfalles gelten für ein solches Vermächtnis natürlich nicht [1]).

b) Vermächtnis dinglicher Rechte

a') Vermächtnis bestehender dinglicher Rechte an einer fremden Sache

Ein bestehendes dingliches Recht [2]) kann durch Vermächtnis einem Dritten nur dann zugewendet werden, wenn es vererblich und übertragbar ist [3]). Deshalb kann ein beschränktes Gebrauchsrecht und ein bestehender Niessbrauch nicht zum Gegenstand eines Vermächtnisses gemacht werden. Letzterer könnte als bestehendes dem *Beschwerten* zustehendes Recht nur insoweit einem Dritten zugewendet werden [4]) als der Beschwerte verpflichtet werden soll die *Ausübung* dieses Rechts dem Bedachten zu überlassen [5]).

Stand das dem Vermächtnisnehmer zugewendete dingliche Recht dem Erblasser an einer Sache oder einem Rechte des beschwerten Erben zu, so gelten gem. § 2175

---

[1]) Vergl. Dernburg, S. 233, Note 6. - Die Vorschriften für das Forderungsvermächtnis finden analoge Anwendung für den Fall, dass ein bestimmter Gegenstand vermacht worden war, dieser aber untergegangen ist und sich eine Forderung als Surrogat hierfür im Nachlass vorfindet (vergl. §§ 2164 II, 2169).

[2]) Für das röm. Recht vergl. l. 71 § 6 D. 30; l. 1 § D. 43, 18; vergl. Windscheid, S. 686; Kœppen, § 135, S. 799 f.

[3]) Also etwa: Erbbaurecht, das Recht aus einer Reallast usw. Es bedarf keines näheren Hinweises darauf, dass auch hier (im Gegensatz zum röm. Recht) die Wirkung des Vermächtnisses nur eine obligatorische ist (§ 2174).

[4]) (Bzw. zum Gegenstand einer Auflage zugunsten eines Dritten gemacht werden).

[5]) Vergl. Meischeider, S. 405.

die durch Vereinigung von Verbindlichkeit und Recht erloschenen Rechte als nicht erloschen.

b') Vermächtnis eines zu schaffenden dinglichen Rechts[1])

Gegenstand eines Vermächtnisses kann des weiteren ein an einer Sache des Erblassers oder des Beschwerten erst noch zu begründendes dingliches Recht sein.

So ist insbesondere auch die Begründung des Niesbrauchs am gesamten Nachlass des Erblassers nicht selten Inhalt einer Vermächtnisanordnung. Eine besondere Regelung hierfür ist vom BGB. nicht getroffen worden[2]). Es wird häufig zu untersuchen sein, ob ein solches Vermächtnis nicht als Anordnung einer Vorerbschaft (§§ 2100 ff) zu deuten ist[3]).

Der Niesbrauch an einer Erbschaft wird durch Bestellung des Niesbrauchs an den einzelnen Nachlassgegenständen durch den Beschwerten verschafft[4]). Die Rechtsstellung des Erbschaftsniessbrauchers richtet sich nach den allgemeinen für den Niessbrauch geltenden Vorschrifen der §§ 1086/1088[5]).

d) Vermächtnis einer Erbschaft

a) Vermächtnis einer dem Erblasser angefallenen Erbschaft[6])

Die Zuwendung einer dem Erblasser angefallenen[7]) Erbschaft hat als Vermächtnis mehrerer dem Erblasser

[1]) Für das röm. Recht vergl. Dig. 33, 1 de servitute legata; Dig. 33, 2 de usu u. a.; vergl. hierzu Windscheid, Pand. III, S. 685; Dernburg, Pand. III, S. 215.

[2]) Vergl. hierzu Mot. V, S. 170.

[3]) Vergl. Bay. Ob. LG. Z., Bd. 21 A, S. 113 ff.

[4]) Vergl. Staudinger, § 2174, Erl. 1, 2.

[5]) Vergl. Crome V, S. 403 u. Noten 39 u. 40 das.; Strohal I, S. 255; OLG. I, S. 19, 26; S. 96, 43, S. 397.

[6]) Vergl. Prot. V, S. 178; Staudinger, § 2087, 4.

[7]) Das Vermächtnis einer dem Erblasser zur Zeit der Errichtung

gehörenden Gegenstände zu gelten. Ein solches Vermächtnis bewirkt natürlich keine Gesamtnachfolge (obgleich es eine Rechtsgesamtheit zum Gegenstand hat), sondern lediglich die Verpflichtung des beschwerten Erben, dem Bedachten die einzelnen Gegenstände des betreffenden Nachlasses zu übereignen [1]). Sind mit dem betr. Nachlass noch Nachlassverbindlichkeiten, insbesondere auch Nachlassschulden verbunden, so ist ein solches Vermächtnis mit der Auflage der Berichtigung der Nachlassverbindlichkeiten beschwert [2]).

Der Vermächtnisnehmer erwirbt durch das Vermächtnis einer Erbschaft eine dem Erbschaftskäufer ähnliche Rechtsstellung. Trotzdem dürfen die für den Erbschaftskauf geltenden Einzelvorschriften «nur mit grösster Vorsicht» [3]) zur Bestimmung der den Beschwerten treffenden Verpflichtungen herangezogen werden. Dies gilt vor allem für die den Erbschaftsverkäufer treffenden Gewährleistungspflichten des § 2376, welche hier keine entsprechende Anwendung finden können [4]).

---

des Vermächtnisses noch nicht angefallenen aber künftig noch etwa anfallenden Erbschaft ist gemäss § 2171 gültig, falls dem Erblasser auch tatsächlich zugefallen ist. Vergl. Staudinger, § 2171. I. 3, und RGZ. 35, S. 147.

[1]) Vergl. Planck, § 2087, Bem. 2 b.

[2]) Möglich ist ferner, dass der Wille des Erblassers dahin ging, dass der Erbe zunächst die Nachlassverbindlichkeiten der vermachten Erbschaft zu berichtigen habe und dann die übriggebliebenen Nachlassgegenstände (den reinen Nachlass) den Vermächtnisnehmer herausgeben sollte. Ist dem Erben die Herausgabe der dem Erblasser angefallenen Erbschaft an einen Dritten durch Auflage angeordnet, so dürfte damit in der Regel die Herausgabe der reinen Erbschaft gemeint sein, da die Belastung des Auflagenehmers mit einer weiteren Auflage unmöglich ist.

[3]) Strohal I, S. 256.

[4]) Vergl. Crome V, S. 402, Note 37 und 38; ferner Strohal, S. 256/257.

b) Vermächtnis der Erbschaft eines noch lebenden Dritten

Das Vermächtnis der Erbschaft eines noch lebenden Dritten ist nicht etwa ohne weiteres nach Analogie des § 312 als nichtig anzusehen, denn was für einen Vertrag gilt, kann nicht ohne weiteres auf eine letztwillige einseitige Verfügung Anwendung finden [1]). Deshalb muss mangels einer besonderen gesetzlichen Bestimmung ein solches Vermächtnis regelmässig als gültig angesehen werden [2]). Doch ist mit Planck [3]) darauf hinzuweisen, dass ein solches Vermächtnis möglicherweise wegen Verstosses gegen die guten Sitten gem. § 138 nichtig sein kann [4]).

e) Vermächtnis eines Handelsgeschäftes nach § 22 HGB

Der Erblasser kann gemäss § 22 HGB ein zum Nachlass gehörendes Handelsgeschäft als solches einem Dritten durch Vermächtnis zuwenden. Der Bedachte erhält durch das Vermächtnis das Recht, die Uebereignung des Handelsgeschäftes vom Erben zu fordern. Der Zuwendungswille des Erblassers wird sich in der Regel auf den gesamten zum Betriebe des Handelsgeschäfts gehörenden Vermögenskomplex erstrecken. Der Erbe ist dann verpflichtet das Geschäft in vollem Umfange mit allen im

[1]) Vergl, Prot. V, S. 112, wo darauf hingewiesen wird, dass die Erwägungen, welche dazu führten, in § 312 einen solchen Kaufvertrag für nichtig zu erklären, hinsichtlich eines Vermächtnisses nicht zuträfen.

[2]) Vergl. Staudinger, § 2173, Bem. 5.

[3]) Bem. 4 z. zu § 2173.

[4]) Im ersten Entwurf war überhaupt die Nichtigkeit des Vermächtnisses der Erbschaft eines noch lebenden Dritten vorgesehen. Die zweite Kommission hat diese Vorschrift gestrichen. Vergleiche Mot. V, S. 161; Prot. V, S. 177 bis 179; Meischeider, S. 425/427.

Betriebe verwendeten Gegenständen, mit sämtlichen Aktiven und Passiven zu übertragen[1]).

Das Recht, die Firma des betreffenden Handelsgeschäfts zu führen, erwirbt der Bedachte nur, wenn dies durch den Erblasser ausdrücklich bestimmt war, oder wenn die Erben des bisherigen Geschäftsinhabers in die Fortführung der Firma ausdrücklich einwilligen[2]). Führt der Vermächtnisnehmer das Handelsgeschäft mit Firma fort (gleichgültig ob mit oder ohne einen die Nachfolge andeutenden Zusatz) so haftet er den Gläubigern persönlich für die im Geschäftsbetriebe begründeten Schulden des bisherigen Inhabers (§ 25 HGB). Wird das Geschäft nicht unter der bisherigen Firma fortgeführt, so trifft den Bedachten eine persönliche Haftung nur bei Vorliegen eines besonderen Verpflichtungsgrundes (bspw. ausdrückliche Erklärung der Uebernahme der Verbindlichkeiten). Der Vermächtnisnehmer ist mangels einer anderen Anordnung des Erblassers verpflichtet (§ 2165), den Erben von den ihn unmittelbar treffenden Geschäftsverbindlichkeiten zu befreien[3]).

Soll bei Fortführung der Firma der Vermächtnisnehmer nicht für die Passiven des zugewendeten Handelsgeschäftes haften (gem. § 2811 HGB), so wird der Erblasser am besten eine Auflage des Inhalts anordnen, dass der Erbe bei der Uebertragung des Handelsgeschäfts eine

[1]) Vergl. Strohal I, S. 257; Binder, S. 32 ff; J. Gierke, Handelsrecht, Berlin 1929, S. 73. — Denkbar ist jedoch auch, dass der Erblasser nur das Handelsgeschäft im engsten Sinne, den Tätigkeitsbereich als solchen (die Chancen) durch letztwillige Verfügung vermachen will.

[2]) Vergl. Staub Bondi, § 22, Bem. 6 a; RGZ 9, S. 81 ff. (Schon weil dies Recht kein rein persönliches ist.) Vergl. Monatsschrift für Handelsrecht 1917, S. 25 ff.

[3]) Vergl. Strohal I, S. 258.

diesbezügliche Eintragung im Handelsregister bewirken solle, oder den Geschäftsgläubigern mitteile, dass der Erwerber des Handelsgeschäfts die Schulden desselben nicht übernehme. Der Erblasser kann nicht selber eine solche Eintragung (bezw. Mitteilung) wirksam vornehmen lassen, da er nicht Veräusserer des Handelsgeschäfts im Sinne des § 25 HGB ist, denn die Vermächtnisanordnung (die ja bekanntlich immer nur obligatorische Wirkung erzeugt) bewirkt noch nicht den Uebergang des Handelsgeschäftes [1]).

3. Vorausvermächtnis, Teilungsanordnung und Auflage

Vorausvermächtnis (früher gewöhnlich Vorvermächtnis, Prælegat genannt) nennt man eine Einzelzuwendung des Erblassers an den einen oder anderen seiner Erben (Testaments- oder Intestaterben).

Ist hier nur ein Miterbe (oder mehrere Miterben, jedoch nicht der bedachte Erbe) vom Erblasser als Beschwerter bezeichnet, so bietet ein solches Vorausvermächtnis keine Besonderheiten. Anders jedoch, wenn kein bestimmter Beschwerter genannt, das Vermächtnis demnach den Erben schlechthin auferlegt wurde. In diesem Falle (eigentliches Vorausvermächtnis) ist die Erbengemeinschaft (jeder Erbe nach Massgabe seines Erbteils, § 2148) und somit auch der durch das Vorausvermächtnis bedachte Erbe beschwert.

Da nun niemand sein eigener Schuldner sein kann, gelangten die Römer mit formaler Logik zu dem Ergebnis, dass das Prælegat nur insoweit wirksam sei, als es auf den Erbteilen der Miterben laste, insoweit es den bedachten Erben jedoch selbst beschwere, ungültig

[1]) A. A. Brehm, S. 425; vergl. Staub-Bondi, § 25 HGB, Bem. 32; § 27 HGB.

werde. Doch erhielt der Bedachte den Gegenstand der Zuwendung in Höhe des eigenen Erbteils als Erbe [1]). Dies musste in manchen Fällen (bspw. beim Universalfideikommis [2]) und bei der Berechnung der falcidischen Quart [3]) notwendig zu Folgerungen führen, welche dem Willen des Erblassers wohl schwerlich entsprochen haben dürften. Vor allem aber galt dies bei der Berechnung der Akkreszenz für den Fall, dass mehrere Erben als Kollegatare das Prælegat erhielten und auf verschiedene Erbteile eingesetzt waren, oder dass einem Miterben zusammen mit einem Vermächtnisnehmer eine Sache vermacht worden war [4]). Hier musste man bei strenger Durchführung der oben dargelegten Grundsätze zu den absonderlichsten Ergebnissen gelangen, welche den Willen des zuwendenden Erblassers in keiner Weise gerecht wurden, ihn vielmehr ins gerade Gegenteil verkehrten [5]). Diesen Schwierigkeiten ist das bürgerliche Recht [6]) in

---

[1]) Heredi a semetipso legari non potest. — Quamquam legatum pro ipsius parte non constitisset ideoque portionem pro herede possideret, l. 18. § 2. D. 34. 9. Vergl. Jörs, S. 246; Windscheid III, S. 582 ff; Dernburg, P. III, S. 224 ff.

[2]) 1, 19, § 3 D. ad S. C. Trebell. (36, 1).

[3]) 1, 74 D. ad leg. Falc. (35, 2); vergl. auch Meischeider, S. 337.

[4]) 1, 34, § 11 D. de leg. I; 1, 34, § 12 D. de leg. I. Beispiele vergl. bei Dernburg, P. III, S. 226, der die sonderbaren logischen Folgerungen «virtuose Technik» und «neckisches Spiel» nennt. Endemann bezeichnet (III, 1. S. 686) die hier getroffene Regelung als «Rekord aller Spitzfindigkeiten». Meischeider (S. 340) als «eine in die Irre geratene Logik». Am schärfsten Kohler, a. a. O., S. 143 und auch Arch. f. ziv. Prax. 91, 309 ff, insbes. S. 361, der hier von «hellem Unsinn» und «Schandfleck der römischen Jurisprudenz» spricht.

[5]) Immerhin wird in vielen Fällen der röm. Erblasser von Juristen beraten, sich eben der verzwickten Regelung angepasst und seine Verfügungen dementsprechend abgefasst haben.

Vergl. Kœppen, S. 709; Dernburg, P. l. c.

[6]) Schon der Cod. Max. Bav. und das pr. ALR (I, 12, §§ 262 f

§ 2150 mittels der Fiktion, dass beim Vorausvermächtnis der Bedachte Erbe auch sich selbst gegenüber als Beschwerter gelte, aus dem Wege gegangen («gilt als Vermächtnis auch insoweit als der Erbe selbst beschwert ist»[1]).

Das Vorausvermächtnis beschwert die gesamte Erbengemeinschaft und belastet somit auch den Anteil des bedachten Erben, der in Ansehung des Vermächtnisses so behandelt wird als ob er nicht Erbe sondern ein bedachter Dritter wäre. «Dies hat nichts Auffallendes, denn obwohl auch nach unserem Rechte der Satz gilt, dass niemand sein eigener Schuldner sein kann, wird auch der Miterbe, der Schuldner oder Gläubiger des Erblassers war, in dieser Eigenschaft so behandelt als wenn er nicht Erbe wäre. Es muss eben die Gemeinschaftssphäre des Miterben von seiner Sondersphäre geschieden werden» (Binder[2]).

In der Wissenschaft ist versucht worden, auch ohne Zuhilfenahme der Fiktion zu einer auf das Vorausver-

waren der gemeinrechtlichen Logik nicht gefolgt. Das Vorausvermächtnis blieb nach ihnen in seinem ganzen Umfang als echtes Vermächtnis wirksam. Dagegen hatte sich das Sächs. BGB (§§ 2401, 2402) wieder auf den Boden der gemeinrechtlichen Theorie gestellt. Näheres vergl. Kuetgens, S. 17 f; Meischeider, S. 340; Mot. V, S. 1182.

[1]) Die Motive (V. S. 139) weisen darauf hin, dass man so am besten zu einem dem Willen des Erblassers (welcher als oberstes Gesetz für die Auslegung der Testamente zu gelten hat) gerecht werdenden Ergebnisse gelange. Die Rechtsordnung darf sich nicht der letztwilligen Verfügung nur auf Grund formal juristischer Konstruktionen in den Weg stellen, denn unmöglich kann es im Willen des Erblassers liegen, dass der Vorausvermächtnisnehmer hinsichtlich desjenigen, was ihm vermächtnisweise zugewendet werden sollte, schlechter gestellt sein soll als irgend ein anderer Vermächtnisnehmer, nur deshalb, weil er auch Erbe ist. Vergl. aber auch Kohler Archiv für ziv. Praxis l. c., der zeigt, dass der § 2150 den beabsichtigten Zweck nicht ganz erreicht.

[2]) Binder, Grundriss Erbr. l. c.

mächtnis passenden juristischen Konstruktion zu gelangen.

Meischeider[1]) hält die Fiktion für überflüssig. Der Vorausvermächtnisnehmer sei eben zunächst zum Vermächtnisnehmer in voller Höhe des Vermächtnisses auf Kosten der Erbschaft (wie solches im Wesen des Vermächtnisses liege) bestimmt und erst in zweiter Linie zum Miterben berufen. Dem hält Endemann[2]) mit Recht entgegen, dass hiermit die Schwierigkeit, dass niemand von sich selbst eine Leistung fordern könne (nicht sein eigener Gläubiger sein könne), einfach mit Stillschweigen übergangen werde. Endemann seinerseits schlägt vor, man möge sich die Rechtslage so erklären, dass der Gegenstand vom Nachlass «abgesondert» werde und ausserhalb der Erbfolge dem durch unmittelbare Rechtsübertragung zugewiesen werde. Die Forderung des Vorausvermächtnisnehmers sei als eine Art «Masseschuld» anzusehen[3]). Die praktische Durchführung des Vorausvermächtnisses dürfte allerdings regelmässig nach Art der Endemannschen Konstruktion, indem das Vorausvermächtnis wie die übrigen Vermächtnisse zunächst vom Nachlass abgezogen wird und dann zur Festsetzung der Erbschaftsteile geschritten wird, vor sich gehen. Um jedoch ein tatsächliches «Absonderungsrecht» im eigentlichen Sinne dem Vorausvermächtnisnehmer zuzubilligen, wäre unbedingt eine entsprechende, ausdrückliche, gesetzliche Vorschrift erforderlich, an der es aber fehlt[4]).

[1]) Meischeider, S. 342.

[2]) Endemann III, I, S. 687.

[3]) Vergl. III, 1. S. 687 und Grundriss, S. 77.

[4]) So läuft wie auch Kuetgens S. 26 bemerkt, die Endemannsche Konstruktion, mangels einer gesetzlichen Grundlage wiederum auf eine Fiktion hinaus, nämlich, «etwas aus dem Nachlass als abgesondert zu betrachten, was doch zum Nachlass gehört». Auf den

Man wird es deshalb doch wohl am besten bei der Fiktion des Gesetzes bewenden lassen, wonach das Vorausvermächtnis insoweit der Erbe beschwert ist, zwar kein echtes Vermächtnis ist, jedoch als solches behandelt werden soll[1]). Daraus ergibt sich, dass das Vorausvermächtnis als selbstständiges Vermächtnis von dem Schicksal des Erbteils des bedachten Erben im vollen Umfange unabhängig ist[2]). So ist eine Bedingung der Erbeinsetzung nicht auch auf das Vorausvermächtnis auszudehnen, wenn sich nicht aus den mutmasslichen (oder ausdrücklich erklärten) Willen des Erblassers etwas anderes ergibt[3]). Auch von der Unwirksamkeit der Erbeinsetzung wird das Vorausvermächtnis nur nach Massgabe des § 2085 betroffen, d. h. nur dann, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser das Vorausvermächtnis ohne die unwirksame Erbeinsetzung nicht errichtet haben würde. Ferner wird von der Ausschlagung der Erbschaft seitens des Bedachten das Vorausvermächtnis nicht miterfasst[4]). Das gilt auch für den Fall, dass der eingesetzte Erbe und Vorausvermächtnisnehmer die Erbschaft als eingesetzter Erbe ausschlägt aber als gesetzlicher Erbe annimmt. Endlich berührt auch der Erbverzicht (nach §§ 2346, 2352) nicht ohne weiteres das dem Verzichtenden zugewendete Vorausvermächtnis. Jedoch verliert dasselbe dann natürlich den Charakter als Vor-

---

Kohlerschen Begriff der Gemeinschaft mit Zwangsteilung ist hier nicht näher einzugehen. Es sei auf Arch. f. ziv. Pr. 91, S. 309 und Kuetgens, S. 10 ff verwiesen.

[1]) Vergl. Staudinger, Bem. 1, 3 zu § 2150.

[2]) Vergl. Dernburg B R V, S. 237.

[3]) Vergl. Strohal, S. 204; Planck, Bem. 2 f. z. § 2150.

[4]) Vergl. Prot. V, S. 163, Motive V, S. 140 bemerken hierzu, dass der Erblasser das Vorausvermächtnis von der (ausdrücklichen) Bedingung abhängig machen kann, dass der Vorausvermächtnisnehmer die Erbschaft annehme. Vergl. dazu auch Strohal l c.

ausvermächtnis und wird zum gewöhnlichen Vermächtnis [1]).

Des weiteren folgt aus der Selbstständigkeit des Vorausvermächtnisses, welches auf einem von der Erbeinsetzung getrennten Rechtsgrund beruht, dass bei der Berechnung des Pflichtteils das Vorausvermächtnis gemäss § 2307 nicht in Anrechnung gebracht werden kann und dass ferner bei Beschränkung der Haftung des Erben auf die Höhe oder nach Verhältnis eines Erbschaftsanteils das Vorausvermächtnis diesem Anteil nicht zugerechnet wird [2]).

Der Vorausvermächtnisnehmer kann seine ihm aus dem Vermächtnis zustehende Forderung in voller Höhe, so wie jeder Nachlassgläubiger gegen den Nachlass gegenüber den Miterben bezw. Nachlassverwalter oder Testamentsvollstrecker geltend machen [3]); ihm stehen im Falle des § 1992 oder beim Nachlasskonkurse gemäss § 226 K. O. dieselben Rechte zu wie jedem anderen Vermächtnisnehmer [4]).

Ist für den Nachlass eine Nacherbfolge angeordnet, so erstreckt sich das Recht des Nacherben im Zweifel nicht auf das dem Vorerben zugewendete Vorausvermächtnis (§ 2110 II). Desgleichen ist im Falle des Erbschaftskaufs das den Erbschaftsverkäufer zugewendete Vorausvermächtnis im Zweifel als nicht mitverkauft anzusehen (§ 2373 [5]). Hieraus erhellt, dass auch ein dem

[1]) Vergl. Boehm, S. 243; Staudinger, § 2346, Bem 5; Kuetgens, S. 36; L. Z. 1919 Sp. 511, Sp. 544

[2]) Vergl. Cosack, S. 470 V, c.

[3]) Vergl. OBG. 3, 1, 12.

[4]) Vergl. Staudinger, § 2150, Erl. 2 b u D Strohal, S. 206.

[5]) Das ergibt sich eigentlich schon aus dem Wesen des Vorausvermächtnisses, das eben keine «blosse Akkzession der Erbschaft ist, sondern eine selbstständige Zuwendung» (Binder l. c.) Wenn der

Alleinerben zugewendetes Vorausvermächtnis keineswegs immer bedeutungslos ist[1]).

Aus der Doppelstellung des Vorausvermächtnisnehmers als Erbe und Vermächtnisbedachter lässt sich endlich für den Fall einer eventuellen Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit folgern, dass eine hier zweimalige Anfechtung, wenn auch aus denselben Gründen notwendig ist, wobei für den Erbschaftserwerb nach § 2340 eine Anfechtungsklage erforderlich ist, für den Vermächtniserwerb die Anfechtungserklärung nach § 143 genügt[2]). Doch ist mit RGRK. § 2345 1 darauf hinzuweisen, dass in dem Sachgesuch nach § 2342 regelmässig auch die Anfechtung des Vermächtniserwerbs enthalten ist.

Vom Vorausvermächtnis begrifflich scharf zu trennen ist die letztwillige Teilungsanordnung (n. § 2048), d. h. «die Anordnung durch welche der Erblasser einem Erben einen Nachlassgegenstand zuweist mit der Bestimmung, er solle den Gegenstand auf seinen Erbteil erhalten»

Gesetzgeber trotzdem eine ausdrückliche, diesbezügliche Regelung für notwendig hielt, so wahrscheinlich um jeden Zweifel bezüglich der selbstständigen Stellung des Vorausvermächtnisses auszuräumen. Bei der Ersatzerbfolge ist ein entsprechender Hinweis auf das V. V. nicht erfolgt, um durch eine gesetzliche Interpretationsregel die freie Auslegung des letzten Willens nicht zu sehr einzuengen. Vergl. Mot. V, S. 78; Staudinger, Bem. 4 zu §§ 2096, 2099; OLG. 34, S. 283.

[1]) Auch wenn keine Nacherbfolge in Betracht kommt und keine weiteren Vermächtnisse angeordnet sind, wird das dem Alleinerben zugewendete Vorausvermächtnis noch immer nicht bedeutungslos weil beispw. bei einer Nachlassverwaltung das Vorausvermächtnis nicht von ihr ergriffen wird und der Testamentsvollstrecker den Erben das Vorausvermächtnis zu entrichten hat. Vergl. Strohal, S. 206, Note 15; Dernburg BR., S. 236. Dies ist von Bœhm, S. 62 und den Motiven V, S 140 nicht berücksichtigt worden.

[2]) So Staudinger, § 2345, 5. a. A. Planck, Bem. 1 zu 2345 zustimmend a. Kuetgens, S. 33 ff.

(Staudinger l. c.). Praktisch kann allerdings eine Teilungsanordnung einen dem Vorausvermächtnis sehr ähnlichen Erfolg herbeiführen, insoweit nämlich, in derselben eine Bevorzugung eines Erben den übrigen Miterben gegenüber liegt. (Z. B. «Mein Erbe X soll auf seinen Erbteil das Landgut G. erhalten und sich hierfür 50,000 RM. auf seinen Anteil anrechnen lassen». Ist das Landgut nun tatsächlich etwa 60,000 Mark wert, so ist X eben um 10,000 RM. gegenüber den übrigen Miterben begünstigt). Hierbei darf jedoch nicht übersehen werden, dass das Vorausvermächtnis immer eine selbstständige Zuwendung ausser dem Erbteil ist, während bei der Teilungsanordnung die Sache stets in den Erbteil fällt.

Demnach nimmt die Teilungsanordnung niemals eine selbstständige von der Erbeinsetzung losgelöste Stellung ein. Der Erbe kann sein Recht aus der Teilungsanordnung nur geltend machen, wenn er wirklich Erbe wird und bleibt und auch dann nur bei der Erbteilung, denn die Teilungsanordnung begründet keinen selbstständigen Anspruch gegen den Nachlass, der jederzeit geltend gemacht werden könnte; vielmehr kann die Durchführung der Teilungsanordnung nur bei der Auseinandersetzung und nur mit der Auseinandersetzungsklage erzwungen werden[1]). Der Erbe kann nicht etwa die Erbschaft ausschlagen und den ihm durch die Teilungsanordnung zugewiesenen Gegenstand (etwa im obigen Beispiel zu dem vom Erblasser festgesetzten Uebernahmepreis) verlangen. Die Teilungsanordnung gewährt ihm keinen «Voraus». Ausser seinem Erbteile (der durch die Teilungsanordnung sich möglicherweise wertmässig — nicht der Quote nach — erhöht) wird ihm nichts zugewendet; er muss sich das durch die Teilungsanordnung Zugewiesene auf

[1]) Kress bei Staudinger 2048 1, 3.

seinem der Höhe nach gleichbleibenden Erbteil anrechnen lassen. Entscheidend für die oft schwierige Frage, ob ein Vorausvermächtnis oder eine Teilungsanordnung vorliegt, ist der Wille des Erblassers, der in dem einen Fall nur zu teilen beabsichtigt, im andern dem einen seiner Erben ein von seinem Erbencharakter unabhängiges Forderungsrecht einräumen will. Die Entscheidung im einzelnen Falle ist der freien Auslegung des Willens des Erblasser überlassen worden. Das bürgerliche Recht hat vermieden, hier eine Auslegungsregel zu geben[1]). Man wird je nach dem Verhältnis der «Teilungsanordnnng» zum wirklichen Wert auf die eine oder andere Absicht schliessen dürfen[2]).

Die Teilungsanordnung hat ebenso wie das Vermächtnis und die Auflage stets nur obligatorische Wirkung. Der Erblasser kann nicht mit dinglicher Wirkung seinen Nachlass unter die Erben verteilen[3]).

Endlich kann der Erblasser auch durch eine Auflage die Erbteilung indirekt modifizieren, etwa derart, dass den übrigen Miterben die Auflage gemacht wird, einen bestimmten Nachlassgegenstand (beisp. Familienurkunden, Briefe) herauszugeben. Eine Auflage wird in einer solchen Anordnung dann zu erblicken sein, wenn die Leistung für den Begünstigten keinen Vermögensvorteil erzeugt, somit nicht zum Gegenstand eines Vermächtnisses gemacht werden konnte[4]). Hier sei noch nebenbei be-

---

[1]) Vergl. Schweiz. ZGB. art. 486, 608.

[2]) Vergl. Staudinger, §§ 2048, 2150; Kuetgens, S. 6 ff; Recht 1913 N 2589 (Bay. Ob. l. G.); Seufferts Arch. 63 N 227; RGZ. 108, 83; RG. v. 27, II. 08 i. Z. Bl. F. G. 9, S. 770; OLG. 9, S. 397.

[3]) Vergl. Mot. V, S. 688; Prot. V 885; Crome, S. 725, Note 144; L. Z. 1918, Sp. 287 (Bay. Ob. LG.), OLG. 9, S. 396 ff.

[4]) Im übrigen vergl. S. 3 a d. Arb.; ferner auch Strohal I, S 259 und Note 3.

merkt, dass der Erblasser zur Regelung der Auseinandersetzung auch durch Auflage ein Schiedsgericht anordnen kann (Z. P. O. § 1048[1]) bestr.).

4. Die gesetzlichen Vermächtnisse und die sogenannten „gesetzlichen Auflagen"

a) Gesetzliche Vermächtnisse

Die Bezeichnung gesetzliche Vermächtnisse für gewisse kraft gesetzlicher Regelung entstehende Forderungsrechte gegen den Nachlass ist in der erbrechtlichen Literatur nicht unumstritten[2]) und wird nicht überall im gleichen Umfang gebraucht. Am weitesten ausgedehnt wird der Begriff der gesetzlichen Vermächtnisse von Schiffner[3]), welcher alle Fälle, in denen das Gesetz auf Grund eines gewissen Tatbestandes einer Privatperson ein Forderungsrecht gegen den Nachlass gewährt, unter diesen Begriff subsumieren möchte. Dies widerspricht jedoch entschieden dem Begriff des Vermächtnisses als schlechthin willkürliche letztwillige Zuwendung eines Vermögensvorteils aus dem Nachlasse. Deshalb müssen alle jene Forderungsrechte, welche beim Erbfall durch Gesetz entstehen und welche durch den Erblasser nicht modifiziert oder entzogen werden können, von vorneherein ausscheiden,

---

[1]) Vergl. Dernburg BR. V, S. 244; Windscheid-Kipp, S. 740, 2; Planck, § 2048; a. A. Strohal I. S. 123, Note 4; vergl. auch Enneccerus-Kipp, § 128.

[2]) Dagegen: besonders Endemann III, 1. § 139 u. Grundr., S 75. «Das Verständnis für unsere Erbrechtsordnung kann nur verdorben werden, wenn wir sie unter die gem. Kategorie der gesetzl. Vermächtnisse zusammenbringen.» Dem ist zuzustimmen, wenn man alle von Endemann dort aufgezählten Fälle als ges. Vermächtnisse bezeichnen wollte.

[3]) A. a. O., S. 185.

denn wo dem Erblasser jede freie Willenbetätigung entzogen ist, fehlt jede Veranlassung von gesetzlichen «Vermächtnissen» zu sprechen. Einen Anspruch gegen den Nachlass, der sich nur auf gesetzlicher Vorschrift gründet, mit gesetzlichem Vermächtnis zu bezeichnen, ist eine contradictio in adjecto. Vermachen kann nur der Erblasser, nicht das Gesetz.

Eine gewisse Berechtigung, vom gesetzlichen Vermächtnisse zu sprechen, ist jedoch dort gegeben, wo das betreffende Forderungsrecht gegen den Nachlass nicht nur von der gesetzlichen Vorschrift, sondern auch vom erblasserlichen Willen abhängig ist. Das gilt überall dort, wo der Erblasser die Freiheit hat, es bei der gesetzlichen Regelung bewenden zu lassen oder aber auch dieselbe zu ändern. Lässt er es bei der gesetzlichen Regelung bewenden, so kann daraus geschlossen werden, dass er eben mit dem Gesetz eines Willens ist, dass er ein Forderungsrecht gegen den Nachlass den Personen, für die das Gesetz dies vorsieht und im gleichen Umfang, in dem das Gesetz es vorsieht, einräumen will. Darin kann man (immer natürlich vorausgesetzt, dass dem Erblasser die gesetzliche Regelung bekannt ist und dass er nicht durch vorzeitigen Tod oder Geisteskrankheit an der Errichtung eines Testaments verhindert würde) eine stillschweigende Zuwendung des Erblassers erblicken.

Mir scheint deshalb die Bezeichnung «gesetzliche Vermächtnisse» für den «Voraus» und den «Dreissigsten» (§§ 1932, 1969, wo das Gesetz ja auch ausdrücklich eine dem Vermächtnisrecht entsprechende Regelung vorschreibt) nicht abwegig zu sein [1]), wenn auch daran festzuhalten ist, dass es sich hier nur um vermächtnisähnliche

[1]) Vergl. a. Mot. V, S. 374, 390, 409, 709; Staudinger, S. 73, 8. Vorb. zu § 1939.

Rechtsinstitute nicht um Vermächtnisse im eigentlichen, strengen Sinn des § 1939 handelt.

Gänzlich unangebracht jedoch erscheint es[1]), den Pflichtteilsanspruch und den Anspruch der schwangeren Mutter des zu erwartenden Erben (n. § 1963) oder gar die Ausgleichungspflicht der Miterben als gesetzliche Vermächtnisse zu bezeichnen. Der Pflichtteilanspruch entsteht kraft zwingenden Rechts nicht nur ohne, sondern auch gegen den Willen des Erblassers; er hat weder seinem Wesen nach, noch auch bezüglich der besonderen gesetzlichen Regelung, der er unterliegt, irgendwelche Verwandschaft mit dem Vermächtnis. Ebensowenig sind für den Unterhaltsanspruch der schwangeren Mutter die Vorschriften über die Vermächtnisse zur entsprechenden Anwendung geeignet[2]), denn der Unterhaltsanspruch ist der schwangeren Mutter nicht im eigenen Interesse, sondern im Interesse des Nasciturus unentziehbar[3]) gegeben.

Was endlich die Kollationspflicht der Miterben gemäss § 2050 angeht, so entfällt jede Berechtigung, dieselbe als gesetzliches Vermächtnis zu ettikettieren, schon deshalb, weil sie gar keine *Nachlass*verbindlichkeit erzeugt, sondern nur zu einer Modifizierung der Anteilsberechnung bei der Auseinandersetzung der Miterben führt[4]).

Hier bleiben also nur das Recht auf den «Voraus» und den «Dreissigsten» als gesetzliche Vermächtnisse

---

[1]) So auch Strohal I, S. 80; Eneccerus-Kipp u. a. gegen Schiffner l. c.

[2]) Vergl. Strohal II, S. 44, Note 2; Crome V, S. 426, Note 3 b gegen Schiffner, S. 154; Bœhm, S. 262.

[3]) Vergl. Staudinger, § 1963, Bem. 1.

[4]) Endemann III, § 139 II; Strohal, S. 81; Crome l. c. Note 3 c.; Staudinger 2050 II. Vergl. Binder, die Rechtsstellung des Erben III, S. 187 und Erbrecht, S. 53 ff.

übrig[1]), die da für sie die vermächtnisrechtlichen Vorschriften entsprechend gelten, hier noch kurz zu behandeln sind.

a) Der „Voraus“[2])

Als Voraus gehören dem überlebenden Ehegatten des Erblassers, die zum ehelichen Haushalt gehörenden Gegenstände, soweit sie nicht Zubehör eines Grundstückes sind und die Hochzeitsgeschenke, falls er neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Grosseltern gesetzlicher Erbe ist (§ 1932).

Will man an dem Begriff «gesetzliches Vermächtnis» festhalten — und «gerade auf den Voraus passt er sehr gut» (Staudinger[3]) und wird hier auch von den Motiven[4]) verwendet — so stellt sich der Voraus als gesetzliches Vorausvermächtnis dar. Und zwar als ein bedingtes Vorausvermächtnis. Der Voraus gebührt dem Ehegatten nur, wenn er neben Erben zweiter Ordnung oder Grosseltern gesetzlicher Erbe *ist*. Bei strenger Interpretation des Wortlauts des Gesetzes gebührt deshalb der Voraus dem Ehegatten nicht, wenn er von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, sei es durch Testament oder Erbverzicht oder weil er für erbunwürdig erklärt wurde oder weil er die Erbschaft ausgeschlagen hat[5]). Der Ehegatte

---

[1]) Abzulehnen ist den Fall des § 2149, der Kategorie des gesetzl. Verm. unterzuordnen, wie Cosack (II, 2, § 178 I, 3, S. 471) will. Dagegen vergl. auch Schiffner, S. 176, N. 8 und Staudinger, § 2149 II, 2.

[2]) Ueber das frühere Recht vergl. ALR. II, 1 §§ 628 ff; Mot. V, S. 372.

[3]) § 1932, Bem. 5.

[4]) V. S. 374.

[5]) So m. E. RGRK. bem. I zu § 1932; Planck, Bem. IV zu § 1932; Staudinger, Bem. III, ebenda; Endemann III, I, § 25 Va.; Kretzschmar, § 118, a. M., vor allem Strohal, § 17; Schiffner l. c.,

muss demnach nicht nur zur Erbfolge berufen sein[1]), sondern auch wirklich Erbe werden. Hier hat also der Voraus eine vom Prælegat abweichende Regelung gefunden. Im übrigen sind die für das Vermächtnis geltenden Vorschriften anzuwenden. Der Anspruch ist eine Nachlassverbindlichkeit im Range eines Vermächtnisses; dass er vom Erblasser entzogen oder geschmälert werden kann, wurde schon oben betont. Der Voraus hat deshalb keinen Pflichtteilscharakter. Der Erblasser kann den Voraus ausdrücklich (durch Beschränkung des Ehegatten auf den Pflichtteil oder durch Verfügung über die zum Voraus gehörenden Gegenstände) oder mittelbar durch Anordnung so vieler Vermächtnisse oder Auflagen, dass der Voraus dadurch reduziert wird (vergl. §§ 1973, 1974, 1991 IV, 1992, 2318, 2322), oder endlich einfach durch eine Verfügung, die bewirkt, dass der Ehegatte nicht gesetzlicher Erbe wird, entziehen oder mindern.

b) Der Dreissigste[2])

Mit dem Namen der Dreissigste bezeichnet man die den Erben aus § 1969 treffenden Nachlassverbindlichkeit, Familienangehörigen des Erblassers, die z. Zt. des Todes des Erblassers zu dessen Hausstand gehört und von ihm Unterhalt bezogen haben, in den ersten dreissig Tagen nach dem Erbfall in demselben Umfang, wie der Erb-

S. 129; Crome, S. 427; Leonhard, § 1932 III; auch Planck u. RGRM in älteren Auflagen.

[1]) In § 1971 des I. Entwurfs hiess es noch: «ist der Ehegatte zur gesetzlichen Erbfolge berufen». Dies hat die zweite Kommission in «*Erbe ist*» geändert.

[2]) Der «Dreissigste» hat seinen Ursprung in einem altdeutschen Rechtsgebrauch. Vergl. Stobbe V, § 281 II; Schiffner, S. 147. Ueber das frühere Recht vergl. auch Mot. V, S. 534 ff; Prot. V, S. 654 ff, welche die Beibehaltung des Dreissigsten ablehnen.

lasser es getan hat, Unterhalt zu gewähren und die Benutzung der Wohnung und der Haushaltgegenstände zu gestatten (§ 1969).

Das Recht aus den Dreissigsten gewährt einen obligatorischen Anspruch auf Gewährung von Wohnung, Unterhalt usw. kein dingliches Nutzungsrecht am Nachlass. Die Vorschriften für die Vermächtnisse finden entsprechende Anwendung. Der Anspruch aus dem Dreissigsten steht somit im Range dem Anspruch aus einem Vermächtnisse gleich, steht also hinter den übrigen Nachlassverbindlichkeiten und unterliegt den Beschränkungen der §§ 1973 I, 2[1]), 1974 II, 1991 I, 4, 1992, 2318 und §§ 219, 222, 226 K. O[2]). Man kann deshalb mit Schiffner[3]) den Dreissigsten als gesetzliches Vermächtnis bezeichnen. Wenn der betreffende Familienangehörige ein Miterbe ist, so wäre der Dreissigste als gesetzliches Vorausvermächtnis anzusehen.

Aus dem Zweck des Dreissigsten den Familienangehörigen, die durch den Todesfall des Erblassers schon hart betroffen sein mögen, allzu plötzliche und deshalb besonders unangenehme Veränderungen im Haushalt zu ersparen, geht hervor, dass der Anspruch unvererblich, unveräusserbar[4]) und unpfändbar ist (vergl. a. §§ 399, 400 BGB, 850 I, 2 ZPO.). Auch können den Familienangehörigen nicht die aufschiebenden Einreden des Erben

---

[1]) So Planck, § 1969, Bem. 4 a; A. M. Staudinger, § 1969, Bem. 7, 2.

[2]) Vergl. Schiffner, S. 14, S. 192; aber auch Dernburg BR. III, S. 326.

[3]) S. 149.

[4]) Hier wäre noch nebenbei zu bemerken, dass den Familienangehörigen bei eventl. Verzug der Leistungen des Dreissigsten ein Ersatzanspruch zusteht (vergl. Staudinger, § 1969, Bem. 8) und dass dieser etwaige Ersatzanspruch natürlich abgetreten werden kann.

entgegengesetzt werden, da sie ja den Zweck des Gnadenmonats vereiteln würden.

Der Erblasser kann[1]) eine von den Vorschriften des § 1969 abweichende Regelung treffen. Er kann bspw. anordnen, dass der Anspruch aus dem Dreissigsten den etwaigen Vermächtnissen vorgehen soll[2]) oder aber auch den Anspruch seinen Familienangehörigen ganz oder teilweise entziehen[3]).

b) Die sogenannten gesetzlichen Auflagen

Die Bezeichnung «gesetzliche Auflagen» stammt von Cosack (Lehrb. II, 1901, S. 408), welcher

a) die Verpflichtung des Erben zur Bestreitung der Kosten der standesgemässen Beerdigung des Erblassers (§ 1968),

b) die Verpflichtung der Erben und der Vermächtnisnehmer zur Zahlung der Erbschaftssteuer (!)

als solche zu bezeichnen vorschlug. Cosack hat hierbei wenig Anklang gefunden und in den neueren Auflagen seines Lehrbuchs diese Bezeichnung selbst nicht mehr gebraucht. Mit Recht, denn bei der Verpflichtung des Erben, die Begräbniskosten zu tragen, handelt es sich um eine gesetzliche Vorschrift, welche auch für den Gläubiger der Bestattungskosten wirksam ist und diesem ein materielles Gläubigerrecht gegen den Erben gewährt. Nun ist aber gerade für den Begriff der Auflage wesentlich, dass der durch die Auflage Begünstigte kein selbständiges, direktes Angriffsrecht gegen den Erben hat und folglich ist hier für eine Analogie mit der Auflage kein Raum.

[1]) Vergl. Crome, S. 428, Note 27 und 28; Staudinger, § 1969, Bem. 7; Cosack II, 2, § 178 III; Planck, § 1969, Bem. 4 f.

[2]) Vergl. Staudinger, § 1969, Bem. 3, 2.

[3]) Vergl. auch S. 57 d. A.

Ebensowenig lässt sich für die Erbschaftssteuerpflicht des Erben die Bezeichnung «gesetzliche Auflage» rechtfertigen. Zunächst sei mit Kliebert[1]) darauf hingewiesen, dass gar keine Veranlassung besteht, für die Erbschaftssteuerpflicht neben dem öffentlich rechtlichen Titel, auf dem sie beruht, noch einen zivilrechtlichen zu konstruieren. Vor allem aber hat der Staat auf Grund seiner Hoheitsrechte sehr wohl ein «subjektives» Recht auf die Abgabe und Möglichkeiten genug, dasselbe durchzusetzen[2]).

5. Schranken der Wirksamkeit von Vermächtnis und Auflage[3])

Ein Vermächtnis (oder eine Auflage) wird unwirksam, wenn im Zeitpunkte des Erbfalls «die eine oder andere

---

[1]) Kliebert, S. 62.

[2]) Vergl. a. Strohal I, S. 39, Note 91.

[3]) a) Die Wirksamkeit einer einzelnen letztwilligen Verfügung hängt immer von der Wirksamkeit des Testamentes ab, in welchem sie errichtet wurde. Das galt grundsätzlich auch im römischen Recht. Jedoch war durch die Codizillarklausel die Möglichkeit gegeben, ein Testament, das den Formvorschriften nicht gerecht wurde, noch als Codizill aufrecht zu erhalten, was eben für die Vermächtnisse äusserst bedeutungsvoll war. Es ist klar, dass heute bei der Unzulässigkeit der Codizille auch die Codizillarklausel ohne rechtliche Wirkung bleibt.

Für das römische Recht vergl. l. 29, § 1 D. qu. test. fac. 28, 1; l. 41, § 3 D. de v. et. p. subst. 28, 6; l. 88, § 17 D. de leg. II; l. 2, § 4 D. de juri cod. 29, 7.

Lit. Fein b. Glück 45, S. 184; Kœppen, S. 773; Dernburg P. III, S. 180; Windscheid-Kipp III, S. 594; Jörs, S. 256 u. David a. a. O.

b) Des weiteren genügt heute auch eine formlose («nuda voluntate») ademptio legati seitens des Erblassers nicht mehr, um einem Vermächtnisse oder einer Auflage die Wirksamkeit zu nehmen. Hierzu ist vielmehr ein den §§ 2254/2255 entsprechender formeller Widerruf erforderlich.

Für das römische Recht vergl. Just. 2, 21 de ad. leg. vel transl.; Dig. 34, 4 de ad leg. et transf. leg. vel fid.

der gesetzlichen Voraussetzungen der Verwirklichung jener Zuwendungsabsicht nicht vorhanden ist»[1]). BGB. §§ 2160, 2162, 2171, 2179.

a) Dies ist der Fall, wenn der Berechtigte nicht mehr lebt und aus der letztwilligen Verfügung nicht hervorgeht, dass der eventuelle Erbe des Bedachten oder ein anderer Ersatzberechtigter die Zuwendung erhalten solle[2]).

Dagegen wird zur Wirksamkeit eines Vermächtnisses (oder Auflage) nicht gefordert, dass der Bedachte schon lebe, oder dass der Beschwerte auch tatsächlich Erbe oder Vermächtnisnehmer wird[3]).

b) Ein Vermächtnis ist des weiteren unwirksam, wenn ein bestimmter nicht zur Erbschaft gehöriger Gegenstand vermacht ist (§ 2169 I) und kein sogenanntes Verschaffungsvermächtnis (vergl. S. 64 d. A.) vorliegt (§ 2169 II). Dass diese Vorschrift des § 2169 II nicht auch für die Auflage gelten kann, erhellt schon aus dem Charakter der Auflage als Verpflichtung zu einer Leistung schlechthin.

c) Ferner ist gemäss § 2171 (resp. in Verbindung mit § 2192) ein Vermächtnis oder eine Auflage unwirksam, wenn sie auf eine zur Zeit des Erbfalls unmögliche[4]) Leistung gerichtet sind oder gegen ein zu dieser Zeit bestehendes gesetzliches Verbot verstossen[5]).

Windscheid-Kipp III. S. 622 ff.; Dernburg P. III. S. 206.

[1]) Meischeider, S. 427.

[2]) Vergl. Staudinger, Bem. zu §§ 2160—2163; L. Z. 1920, Sp. 388 ff; Peiser, S. 117 ff.

[3]) Falls nicht der Erblasser ausdrücklich bestimmt, dass Vermächtnis nur gelten solle, wenn der Beschwerte zum Erwerbe gelangt (§§ 2085, 2161).

[4]) Aus diesem Grunde sind auch widersinnige oder unverständliche Auflagen stets unwirksam.

[5]) Für das römische Recht vergl. Paulus: Quoniam totiens secundum voluntatem testoris facere compellitur, quotiens contra legem nihil sit facturum (fr. 37 D. 35, 1).

Der für die Unwirksamkeit massgebliche Zeitpunkt ist demnach die Zeit des Erbfalls und nicht (wie im römischen Recht entsprechend der Regula Catoniana[1]) der Zeitpunkt der Testamentserrichtung. Ja die Unmöglichkeit der Leistung steht selbst zur Zeit des Erbfalls der Gültigkeit des Vermächtnisses oder der Auflage dann nicht entgegen, wenn die Unmöglichkeit behoben werden kann und Vermächtnis und Auflage für den Fall angeordnet sind, dass die Leistung möglich wird (§ 308 I, § 2171; Prot. V, S. 172). Dies braucht nicht ausdrücklich[2]) erklärt zu werden, sondern kann sich aus den näheren Umständen ergeben[3]). Sodann ist ein Vermächtnis (oder eine Auflage) wirksam, wenn sie unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins angeordnet worden sind, und die zur Zeit des Erbfalls bestehende Unmöglichkeit vor dem Eintritt der Bedingung oder des Termines gehoben wird (§ 308 II).

Liegt eine Unmöglichkeit der Vermächtnis- oder Auflageleistung vor, so wäre zunächst zwischen objektiver Unmöglichkeit und subjektiver Unmöglichkeit (Unvermögen) zu unterscheiden. Jedoch braucht das BGB. stets nur für die objektive Unmöglichkeit die Bezeichnung Unmöglichkeit, so dass auch hier «unmöglich» nur die für jedermann aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen bestehende Unmöglichkeit bedeutet[4]).

---

[1]) «Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.» Vergl. l. 29 D. 50, 17; ferner Windscheid-Kipp, III, S. 615 ff.

[2]) Planck, § 2171, Bem. 2; a. A. Staudinger, § 2171 I, 3 a.

[3]) Vergl. Mot. V, S. 155.

[4]) Vergl. Prochownik. Ueber die Unmöglichkeit der Leistung bei Vermächtnissen. Gött. Diss. 1901; Strohal I, S. 213, Anm. 3; Staudinger, § 275, Vorb. u. Bem. II. A. zu § 2171. Hierher gehört bspw. wenn die Sache zur Zeit des Erbfalls untergegangen, zerstört,

Für den Fall des Unvermögens gibt das BGB. in den §§ 2169, 2170 besondere Vorschriften, die jedoch nur für das (Verschaffungs) -Vermächtnis (nicht auch für die Auflage) gelten.

Fälle objektiven Unmöglichwerdens der Leistung einer vermachten Sache erblickt das Gesetz auch in der Verbindung, Vermischung, Vermengung der vermachten Sache mit einer anderen Sache, wenn in Gemässheit der §§ 946—948 das Eigentum der anderen Sache sich auf sie erstreckt, und ferner in der Verarbeitung oder Umbildung der vermachten Sache derart, dass der Verarbeiter oder Umbilder eine neue Sache herstellte und der Wert der Verarbeitung und Umbildung nicht erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes [1]) (vergl. a. § 950 I, 2). Obwohl § 2172 in § 2192 nicht enummeriert ist, wird diese Vorschrift auch für die Auflage gelten müssen, da ein Sondereigentum an der Sache, die vermischt, vermengt oder verbunden wurde und die den Gegenstand der Auflage bildet, unmöglich ist und deshalb auch nicht dem Auflageempfänger verschafft werden kann.

Sodann wird in § 2172 II noch bestimmt: «Ist die Verbindung, Vermischung oder Vermengung durch einen anderen als den Erblasser erfolgt, so gilt im Zweifel das Miteigentum als vermacht; steht dem Erblasser ein Recht zur Wegnahme der verbundenen Sache zu, so gilt im Zweifel dieses Recht als vermacht».

Eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf die Auflage scheint nur da geboten zu sein, wo ein entsprechender Wille des Erblassers erkennbar wird.

---

oder dem Verkehr gänzlich entzogen worden ist, oder wenn das Vermächtnis bezw. die Auflage auf Uebertragung eines Rechts gerichtet ist, das gesetzlich nicht übertragbar ist.

[1]) Vergl. Mot. V, S. 142; Planck, § 2171, Bem. 2.

d) Ein Vermächtnis oder eine Auflage sind ferner unwirksam, wenn ihre Anordnung oder ihre Leistung gegen die guten Sitten verstossen würde[1]). Der § 2171 gibt zwar keine besondere diesbezügliche Regelung. Eine solche würde sich ja auch erübrigen, da die Rechtsgeschäfte, welche die guten Sitten verstossen, gemäss § 138 schlechthin nichtig sind. Auf Grund der allgemeinen Fassung des § 138, welche durch § 2171 keine Einschränkung erfährt, kommt bei der Beurteilung, ob ein Verstoss gegen die guten Sitten vorliege, nicht bloss der Zeitpunkt des Erbfalls, sondern auch der der Errichtung der betreffenden letztwilligen Verfügung in Betracht[2]).

Wann ein solcher Verstoss gegen die guten Sitten vorliegt, ist nach den Beweggründen des Erblassers oder nach dem Inhalt der letztwilligen Verfügung oder eventl. nach den besonderen begleitenden Umständen zu beurteilen[3]).

Da Inhalt der Auflage jede rechtlich und tatsächlich mögliche Leistung sein kann, ergibt sich die Frage in wieweit unvernünftige, zwecklose, läppische oder lediglich andere Personen lästige Auflagen unwirksam sind. Das bürgerliche Gesetz enthält hierüber keinerlei Bestimmungen, was schon von O. Gierke in seiner Kritik des Entwurfes S. 519 heftig getadelt wird[4]).

---

[1]) Röm. Recht: . . . «quotiens heres jurare jubetur, daturum se aliquid vel facturum quod non *improbum* est» (fr. 8, § 6 D. 28, 7).

[2]) Staudinger, § 2171, Bem. 1, 1; Planck ibd. b. 3; Leonhard ibd. V; a. M. Strohal I, S. 215; vergl. a. Mot. V, S. 154.

[3]) Vergl. RG. JW. 1910, S. 6; JW. 1911, S. 29; KG. OLG. 10, S. 301; L. Z. 1915, S. 293.

[4]) «In der Tat entfaltet sich ja, wenn das Privateigentum in der Schikanefreiheit gipfelt, die schönste Blüte desselben erst in der Möglichkeit, andere Leute noch nach dem Tode zu schikanieren.»

Gemäss Protokolle V, S. 243 wurde die Aufnahme einer Bestimmung, dass eine Auflage, bei der es offenbar an verständigem Interesse fehle, abgelehnt, da eine solche Vorschrift entbehrlich ja geradezu gefährlich sei. Diese Stellungnahme wird von Endemann m. E. mit Recht gebilligt, denn eine Entscheidung darüber, ob eine Auflage vernünftig oder unvernünftig sei, hängt vielfach von recht subjektiven Anschauungen ab, wobei sehr wohl verschiedene Auffassungen bestehen können; des weiteren ist zu berücksichtigen, dass gerade durch letztwillige Verfügungen oft die seltsamsten Anordnungen getroffen werden und dass es einem Aussenstehenden vielfach gar nicht möglich sein wird, zu beurteilen, in wieweit vom Standpunkt des Verstorbenen betrachtet, eine Auflage eines vernünftigen Interesses entbehrt oder nicht, und endlich wird kein Gericht die Durchführung einer wirklich zwecklosen oder ganz unverständigen Auflage erzwingen wollen[1]) (im übrigen vergl. §§ 138, 2172, 2192, 2193).

e) Ist ein Vermächtnis oder eine Auflage unter einer unmöglichen Bedingung angeordnet worden, so wird nach heutigem Recht, bei einer Suspensivbedingung, die ganze betr. bedingte letztwillige Verfügung unwirksam[2]) und nicht etwa bloss die unmögliche Bedingung gestrichen[3]), bei einer unmöglichen Resolutivbedingung jedoch die

[1]) A. A. Dernburg, BR. V, S. 240.

[2]) Vergl. Staudinger, Vorb. z. §§ 2074—2075 I, 3; Meischeider, S. 114.

[3]) So im röm. Recht, wo hierüber ein Streit zwischen Sabinianern und Prokulianern bestand und die Ansicht der Sabinianer durchdrang. Vergl. Windscheid, § 87, n. 4; Dernburg, P. III, S. 156; Meischeider, S. 113. In der unterschiedlichen Behandlung der suspensiv bedingten Geschäfte, je nachdem ob es sich um solche unter Lebenden oder um solche von Todeswegen handelte, sind dem röm. Recht gefolgt: Das gem. Recht, der Cod. Max. Bay., A. B. G. B., Sächs. BGB.

letztwillige Verfügung als eine unbedingte angesehen. Das BGB. behandelt hier also bedingte letztwillige Verfügungen nicht anders als bedingte Rechtsgeschäfte unter Lebenden [1]).

Wurde eine letztwillige Verfügung unter einer unsittlichen oder unerlaubten Bedingung abgeschlossen, so ist dieselbe nach Massgabe der §§ 134, 138 BGB. zu behandeln. Wird also durch eine solche unsittliche oder unerlaubte Bedingung bezweckt, den Bedachten zu einem gegen die guten Sitten oder gegen die Gesetze verstossenden Verhalten zu veranlassen, so wird damit, gleichgültig, ob die Bedingung auflösend oder aufschiebend ist, die ganze letztwillige Verfügung zu einem gegen die guten Sitten (bezw. Gesetze) verstossenden Rechtsgeschäft und ist somit nichtig [2]).

Als unsittlich und somit ungültig ist ferner eine bedingte letztwillige Verfügung auch dann anzusehen, wenn es nach Massgabe des einzelnen Falles als unsittlich erscheinen muss, sich durch die Aussicht auf die bedingte Zuwendung zu einem gewissen Tun oder Unterlassen bewegen zu lassen [3]).

---

[1]) Vergl. Mot. I, S. 265; Strohal I, S. 142.

[2]) Vergl. Bay. Ob. LG. Z. 22 A., S. 265. Vergl. Mot. V, S. 19 ff; Strohal, S. 143; Meischeider, S. 120; Staudinger, §§ 2074, 2075, Erl. I, 3, 4; J. W., S. 1100; RG. Z. 21, S. 279.

Für das röm. Recht vergl. l. 9, 14 D. de cond. inst. 22, 7; l. 123, 137, § 6 D. de V. O. 45, 1. Auch hier werden Rechtsgeschäfte unter Lebenden und solche von Todeswegen verschieden behandelt. Sind unerlaubte Bedingungen mit einer letztwilligen Verfügung verbunden, so werden sie gestrichen, sind sie einem Rechtsgeschäft unter Lebenden beigefügt, so wird das ganze Rechtsgeschäft nichtig. So auch: Cod. Max. Bay., ALR; Sächs. BGB; anders: A BGB; vergl. hierzu Meischeider, S 115 ff.

[3]) Vergl. RG. Z. Bd. 21, S. 279; Bay. O. L. G. i. Seuff. Archiv, Bd. 50, Nr. 97. Vergl. auch S. 109 der Arbeit, Note 1.

f) Zeitliche Begrenzung der Wirksamkeit. Gemäss §§ 2162, 2163 wird zur Wirksamkeit eines Vermächtnisses, bei dem der Bedachte noch nicht erzeugt oder seine Persönlichkeit noch nicht bestimmt ist, erfordert, dass vor Ablauf von 30 Jahren nach dem Erbfall der Bedachte erzeugt (nicht geboren) wird oder das Ergebnis eintritt, durch welches seine Persönlichkeit bestimmt wird. Desgleichen verlieren suspensiv bedingte oder befristete Vermächtnisse ihre Wirksamkeit, wenn nicht vor Ablauf von 30 Jahren seit Erbfall die Bedingung erfüllt wird oder der Termin eintritt.

Das Gesetz geht hier wie bei der Nacherbfolge von dem Gedanken aus, dass eine allzulange Bindung des Nachlassvermögens im Interesse klarer Rechtsverhältnisse und aus sozialökonomischen Gründen verhindert werden müsse.

Ausnahmen: Das Vermächtnis bleibt trotz Ablaufs der 30 Jahre wirksam, wenn

1. das Vermächtnis für den Fall angeordnet ist, dass in der Person des Beschwerten oder des Bedachten ein bestimmtes Ereignis eintritt und derjenige, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, zur Zeit des Erbfalls schon lebt[1]);

2. ein Erbe, Nacherbe oder ein Vermächtnisnehmer für den Fall, dass ihm ein Bruder oder eine Schwester geboren wird, mit einem Vermächtnis zugunsten des Bruders oder der Schwester beschwert ist.

Bei letztwilligen Auflagen ist eine entsprechende zeitliche Begrenzung ihrer Wirksamkeit nicht gegeben. Eine Auflage bleibt auch dann wirksam, wenn sie erst nach längerer Frist als 30 Jahre nach Erbfall erfüllt werden

[1]) Ist eine juristische Person der betr. Beschwerde oder Bedachte, so bleibt es bei der 30-jährigen Frist. Vergl. Peiser, S. 162.

soll. Die Einführung einer zeitlichen Grenze wurde abgelehnt aus der Erwägung, dass einmal die bei den Vermächtnissen zutreffenden Bedenken wegen allzulanger Bindung des Nachlassvermögens nicht zuträfen, da die Auflageleistung keineswegs wie das Vermächtnis notwendig im Zusammenhang mit dem Nachlassvermögen zu stehen braucht, dass andererseits bei den mannigfaltigen Zwecken, denen eine Auflage dienen könne, durch eine zeitliche Begrenzung und Einengung berechtigte Interessen beeinträchtigt werden könnten und dass endlich der Auflage die Fähigkeit, zu stiftungsähnlichen Dauerzwecken dienen zu können, nicht genommen werden dürfe [1]).

6. Erwerb von Vermächtnis und Auflage

a) Anfall und Fälligkeit [2])

Das Gesetz bezeichnet in § 2176 die Entstehung des Vermächtnisanspruchs, d. h. des Rechtes die vermachte Sache für sich zu fordern als Anfall des Vermächtnisses. Der Anfall erfolgt von Rechtswegen ohne Zutun des Be-

[1]) Vergl. Prot. V, S. 241/243, 308; Planck, § 2192, Erl. I, 3; Endemann III, § 97 III; Kipp, S. 360; derselbe Erlanger Prorektoratsrede 1899, S. 24, 17.

Bei der Behandlung der Unwirksamkeit des Vermächtnisses bezw. der Auflage wäre noch nachzutragen, dass der Auflage und dem Vermächtnis eine selbständige Bedeutung zukommt und dass ihre Unwirksamkeit die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung, in der sie errichtet wurde, grundsätzlich nicht berührt. (Vergl. auch §§ 2195, 2085); vergl. Endemann III, § 97 V, b. 2.

[2]) Das röm. Recht unterschied beim Vermächtniserwerb zwei Zeitpunkte:

a) den Anfangstermin, den dies cedens (in der Regel die Todeszeit des Erblassers, nach lex Julia et Popp. die Eröffnung des Testaments und bei bedingten Vermächtnissen der Eintritt der Bedingung), mit dem eine Erwerbsberechtigung bezgl. der vermachten Sache entsteht und das Vermächtnis vererblich wird.» Cedere diem significat

dachten[1]) und trifft regelmässig mit dem Erbfalle zusammen. («An den Erbfall knüpft sich der Anfall der Vermächtnisse wie der Anfall des Erbrechts», Dernburg[2]).

Ausnahmsweise erfolgt der Anfall erst später,

1. wenn das Vermächtnis unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins[3]) angeordnet wurde und die Bedingung oder der Termin erst nach dem Erbfall eintritt. Der Anfall erfolgt dann mit der Erfüllung der Bedingung, bezw. dem Eintritt des Termins (§ 2177).

2. Wenn der Bedachte zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugt ist, oder seine Persönlichkeit durch ein erst nach dem Erbfall eintretendes Ereignis bestimmt werden soll. Hier erfolgt der Anfall mit dem Eintritt der Geburt, bezw. mit dem Eintritt des Ereignisses (§ 2178).

Diese Vorschrift gilt auch für noch nicht enstandene juristische Personen[4]). (Vergl. auch § 84.)

---

incipere deberi pecuniam. Vergl. L. 7 pr. D. h. T. 36, 2. Hinausschiebung des d. c.; l. 3. D. h. t. 36, 2; l. 5, § 2 D. h. t. 36, 2; l. 75, D. de cond. 35, 1;

b) den Erbschaftsantritt (bezw. den Eintritt des Termins) seitens des Erben, mit welchem sich der Erwerb des Vermächtnisses vollzieht (dies leg. veniens). L. 21 pr. D. l. T. 36, 2; l. 9 D. ut legatorum 36, 3; vergl. Meischeider, S. 349 f; Dernburg, P. III, S. 208 f; Windscheid, P. III, S. 628 ff.

[1]) Die später erfolgende Annahme seitens des Bedachten ist demnach für den Erwerb des Vermächtnisanspruchs bedeutungslos, und hat nur die Wirkung, dass sie das Ausschlagsrecht unwiderruflich vernichtet (Vergl. Frommhold, § 2180, Note 4.)

[2]) Dernburg BR. V, S. 198

[3]) Vergl. Staudinger, §§ 2176/2181, Bem. I, 3; Planck, § 2178, Bem. 2 g.

[4]) Ueber die einzelnen Fälle solcher befristeter Vermächtnisse vergl. Endemann III, § 95, N. 3 a; Planck, § 2177, Bem. 2/3; RGR, § 2177, Bem. 2.

Falls der Bedachte zur Zeit des Erbfalls zwar noch nicht geboren, aber schon erzeugt war, so gilt er entsprechend § 1923 II (welcher seiner ratio legis nach nicht nur für den Erben sondern auch für den Vermächtnisnehmer gilt[1]) hinsichtlich des Vermächtnisanfalls als vor dem Erbfalle geboren.

Auch in den Fällen der §§ 2177, 2178 kann der Anfall des Vermächtnisses gemäss § 2162 nicht länger als 30 Jahre hinausgeschoben werden. Nach Ablauf dieses Zeitraums bleibt ein Vermächtnis nur in den Fällen des § 2163 wirksam.

Erfolgt der Anfall des Vermächtnisses gem. §§ 2177, 2178 nicht gleichzeitig mit dem Erbfall, so erwirbt der Bedachte (nach § 2179) mit dem Erbfall eine unentziehbare, rechtlich geschützte Anwartschaft, auf welche während der fraglichen Schwebezeit die Vorschriften anzuwenden sind, die für den Fall gelten, dass eine Leistung unter einer aufschiebenden Bedingung geschuldet wird.

Die Anwartschaft des Bedachten ist demnach im Sinne der §§ 160—162 rechtlich geschützt (vergl. auch §§ 159, 163, 1986, 2217, 1913). Der Vermächtnisnehmer kann seine Anwartschaft auf den vermachten Gegenstand durch einstweilige Verfügung (Z. P. O., § 916 II) oder Arrest sichern lassen und sie im Konkurs geltend machen (KO, §§ 54, 67, 96, 154 usw.). Ferner kann diese Anwartschaft als vermögenswertes Recht auch von den Gläubigern des Bedachten gepfändet werden[2]).

---

[1]) Vergl. Prot. V, S. 212; Staudinger, § 2923, Bem. 3; Planck ebenda, Bem 2; Strohal I, S. 216, N. 4; vergl. auch Prot. VI, S. 336, «dass die Andwendbarkeit des Satzes (auf das Vermächtnis) im Wege der Analogie und aus der Fassung der §§ 2047/48 sich mit genügender Sicherheit» ergebe.

[2]) Vergl. Crome, S. 393 f u. Note 133/134; RGZ. 67, S. 427.

Handelt es sich bei der Hinausschiebung des Vermächtnisanfalles um eine blosse Befristung, so ist die Anwartschaft regelmässig vererblich [1]). Ist dagegen das Vermächtnis unter einer Suspensivbedingung angeordnet, so behält das Vermächtnis gem. § 2074 *im Zweifel* nur dann seine Wirkung, wenn der Bedachte den Eintritt der Bedingung erlebt. Naturgemäss ist eine solche Anwartschaft nicht vererblich, es sei denn, dass der Erblasser *ausdrücklich* bestimmt hat, es sei nicht erforderlich, dass der Bedachte den Eintritt der Bedingung erlebe [2]). Die Entscheidung, ob der Erblasser zugleich mit Setzung eines Termins auch die Bedingtheit eines Vermächtnisses gewollt hat, muss der Willensforschung im einzelnen Falle überlassen bleiben [3]).

Da bei der Auflage dem Begünstigten niemals etwas zugewendet wird, kann bei ihr auch von einem Anfall oder einer Anwartschaft nicht gesprochen werden.

Doch ist gemäss § 2194 gewissen Personen [4]) ein Recht eingeräumt, die Vollziehung der Auflage zu fordern. Dieses Recht wird ipso jure mit dem Erbfall erworben (§ 2176). Ist die Auflage unter [5]) einer aufschiebenden Bedingung oder einer Bestimmung eines Anfangstermins angeordnet, so entsteht der Klageanspruch erst mit dem Eintritt der Bedingung oder des Termins.

[1]) Vergl. Staudinger, §§ 2176/2181, Bem. I. A. 2; RG. i. Seuff. Arch. 75, Nr. 163.

[2]) Vergl. Mot. V, S. 178; Prot. V, S. 212; Meischeider, S. 844; Strohal I, S. 219, welcher die vererbliche Anwartschaft des Vermächtnisnehmers als Vorausfall bezeichnet.

[3]) Vergl. RG. J. W. 1908, S. 352, Warn. E. 1919, Nr. 99, RG. L. Z. 1919, Sp. 1241.

Jedoch dürfte die Setzung eines «dies incertus an» meistens als Bedingung anzusehen sein.

[4]) Cosack II, S. 472; Staudinger, § 2194, Bem. 1.

[5]) Vergl. Holthöfer, S. 25 ff.

Vom Vermächtnisanfall, dem Zeitpunkt, an dem die Vollziehung der Auflage verlangt werden kann, wohl zu unterscheiden ist die Fälligkeit des Vermächtnisses oder der Auflage, d. h. der Zeitpunkt, in welchem der einmal entstandene Anspruch frühestens geltend gemacht werden kann.

In der Regel fällt die Fälligkeit mit dem Erbfall zusammen. Doch kann der Erblasser den Zeitpunkt der dem Beschwerten obliegenden Leistung hinausschieben, ohne dass ein aufschiebend befristetes Vermächtnis (bezw. Auflage) vorzuliegen braucht[1]). Der Erblasser kann die Fälligkeit eines Vermächtnisses oder einer Auflage bis zum Tode des Beschwerten hinausschieben; überlässt er die Zeit der Erfüllung dem freien Belieben des Beschwerten, so wird gemäss § 2181 (bzw. in Verbindung mit § 2992) das Vermächtnis (bezw. die Auflage) erst mit dem Tode des Beschwerten fällig[2]).

Die Fälligkeit der Auflage wird sich in der Regel aus dem Inhalt der letztwilligen Verfügung, aus dem Zweck der Auflage usw. entnehmen lassen. Ergibt aber der Inhalt der Auflage keine Anhaltspunke, so ist auf die allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts (ver l. besonders § 271, 1) zurückzugreifen[3]).

Ist ein Vermächtnisnehmer mit einem Untervermächtnis oder einer Auflage beschwert, so kann die Erfüllung des Vermächtnisses bezw. die Vollziehung der Auflage von ihm frühestens gefordert werden, wenn er selbst das ihm zugewendete Vermächtnis zu fordern berechtigt ist. Diese Vorschrift des § 2186 ist zwingenden Rechts und gibt dem Beschwerten Vermächtnisnehmer nicht nur eine Ein-

[1]) Vergl. OLG. 34, S. 295; OLG. 30, S. 206; Strohal I, S. 221
[2]) Vergl. Prot. V, S. 21.
[3]) Vergl. Mot. V, S. 215; Müller, S. 45.

rede, sondern enthält eine positive Voraussetzung der Fälligkeit des Vermächtnisses oder der Auflage[1]).

b) Annahme und Ausschlagung

Dem Bedachten fällt wie oben dargelegt, das Vermächtnis auch ohne sein Wissen und Wollen ipso jure an[2]). Doch ist er nicht gehalten, das Vermächtnis anzunehmen; er kann es jederzeit ausschlagen, sofern er nicht früher schon die Annahme erklärt hatte (§ 2180).

Der Vermächtnisnehmer ist (im Gegensatz zur Annahme und Ausschlagung der Erbschaft, § 1944) für die Annahme oder Ausschlagung an keine Form und Frist gebunden. Auch kann der Beschwerte den Bedachten keine angemessene Frist zur Erklärung über die Annahme setzen.

Die Annahme oder Ausschlagung ist eine empfangsbedürftige unwiderrufliche Willenserklärung, welche[3]) ausdrücklich oder auch stillschweigend durch konkludente Handlungen geschehen kann[4]) und auf welche die allgemeinen Vorschriften der §§ 130—132 Anwendung finden.

Die Erklärung der Annahme oder Ausschlagung des Vermächtnisses kann grundsätzlich nur dem Beschwerten

[1]) Planck, Bem. 2 g. 2186.

[2]) Ausnahme: § 207 II, wo der beschwerte Erbe den bedachten Pflichtteilsberechtigten unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme auffordern kann. Mit dem Ablauf der Frist gilt das Vermächtnis ausgeschlagen, wenn nicht vorher die Annahme erklärt wird. Vergl. f. a. § 1974.

So erwirbt auch im röm. Recht beim Vindikationslegat der Bedachte in der Regel von selbst, ohne Willenserklärung und ohne sein Wissen und Wollen (Ansicht der Sabinianer). Gai. II, §§ 195, 200; L. 44, § 1 D. de leg. I (30), 1, 77, § 3, D. de leg. II (31).

[3]) Siehe unten.

[4]) Vergl. Mot. V, S. 186 ff; Bœhm, S. 159.

gegenüber wirksam abgegeben werden (§ 2180). Doch wird man mit Strohal (S. 222, Note 14) annehmen dürfen, dass auch, soweit eine Vermächtnisforderung gegenüber dem Nachlasspfleger oder einem Testamentsvollstrecker geltend gemacht werden kann, die diesen Personen gegenüber abgegebene Ausschlagung oder Annahmeerklärung wirksam ist[1]). Des weiteren dürfte auch eine dem Nachlassgericht gegenüber erfolgte Annahme oder Ausschlagung dann wirksam sein, wenn sie nach dem Willen des Bedachten vom Gericht dem Beschwerten mitgeteilt wurde[2]).

Die Erklärung der Annahme oder Ausschlagung kann (gem. § 2180 II) erst nach Eintritt des Erbfalls (vergl. a. §§ 1946, 1947, 1922) abgegeben werden. Dann aber nach herrschender Meinung auch schon bei bedingten und befristeten Vermächtnissen, welche dem Bedachten noch nicht angefallen sind[3]).

Eine Befristung oder Bedingung darf der Annahme- oder Ausschlagungserklärung nicht beigefügt werden, desgleichen darf sich die Annahme oder Ausschlagung nicht auf einen Teil[4]) des Vermächtnisses beschränken.

---

[1]) So auch Planck, Bem. 2 g, § 2180; Staudinger, §§ 2176/2180, Bem. II t. 2.

[2]) Vergl. RGRK., § 2180, Bem. 2 und RG. Z. 113, S. 237.

[3]) Es braucht also der Eintritt der Bedingung oder des Termins nicht abgewartet werden. So auch Strohal, S. 223; Boehm, S. 158; Leonhrd, § 2180, Bem. II; Planck, § 2180, Bem. II; Staudinger, §§ 2176/2181, Bem. II. 2, 1; a. M. Meischeider, S. 357.

[4]) Selbstverständlich aber kann der Vermächtnisnehmer von mehreren Vermächtnissen das eine annehmen oder das andere ausschlagen, sofern nicht der Wille des Erblassers dem erkennbar entgegensteht. Vergl. Prot. V, S. 219. So auch im röm. Recht, vergl. l. 4, 6 D. de leg. II (31). Heute ist eine solche teilweise Annahme oder Ausschlagung unwirksam. Im röm. Recht bewirkte sie, dass wer einen Teil der vermachten Sache annimmt, die ganze Sache erwirbt. Vergl. l. 58 D. leg. II, 31.

(Vergl. § 2180 in Verbindung mit §§ 2950, 1952 I, II, 1953 I, II.) Die Anfechtung der Annahme oder Ausschlagung eines Vermächtnisses richtet sich nicht nach den für die Anfechtung der Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft (§§ 1954 ff) geltenden Sondervorschriften, sondern nur nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 119—124, 142—144. So gilt (im Gegensatz zu § 1957) die Anfechtung der Annahme noch nicht als Ausschlagung und die Anfechtung der Ausschlagung noch nicht als Annahme des Vermächtnisses[1]).

Wirkung:

Die Annahme oder Ausschlagung ist unwiderruflich[2]).

Hatte der Bedachte das Vermächtnis ausgeschlagen, so wird die Sachlage so angesehen, als ob ihm das Vermächtnis nicht angefallen wäre[3]) (§§ 2176, 2180, 1953). Das Vermächtnis fällt deshalb eo ipso dem eventuellen Ersatz-Vermächtnisnehmer an, oder wächst dem eventl. anwachsungsberechtigten Mitvermächtnisnehmer an[4]).

Ist kein Ersatzbedachter oder anwachsungsberechtigter Mitbedachter vorhanden so kommt die Ausschlagung dem Beschwerten zugute[5]). Durch die Ausschlagung eines

---

[1]) Vergl. Strohal I, S. 224; Motive V, S. 188; vergl. aber auch RG. JW. 1908, S. 353.

Eine Ausnahme hiervon macht § 2308 II (Vermächtnis an einen Pflichtteilsberechtigten). Hier gelten die für die Ausschlagung einer Erbschaft bestehenden Vorschriften, jedoch wird die Anfechtung auch hier dem Beschwerten gegenüber erklärt.

[2]) So schon im röm. Recht «omni modo legatum meum fiat quod semel ad me pertinere voluerim» (l. 59 D. de leg. II 31).

[3]) Wurde schon vor Anfall ausgeschlagen, so tritt überhaupt kein Anfall ein.

[4]) Vergl. Planck V, S. 2180; Staudinger, §§ 2176 bis 2180, Erl. V, D. 3 und 4.

[5]) Röm. Recht: «res repudiata fuisse heredis» (l. 38, § 1 D. de leg. I 30).

Vermächtnisses wird ein hiermit verbundenes Untervermächtnis nicht berührt. Das Untervermächtnis ist dann von demjenigen zu erfüllen, dem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten kommt.

Da der durch eine Auflage Begünstigte kein Recht auf die Leistung der Auflage hat, kann er natürlich auch nicht die Auflage ausschlagen. Wohl kann er die angebotene Auflageleistung zurückweisen, doch liegt hierin, da er im Hinblick auf die Auflage kein Träger eines Rechts ist kein Verzicht. Sollte deshalb der Beschwerte dem Auflageempfänger die einmal zurückgewiesene Leistung nochmals anbieten, so liegt hierin, falls der Auflageempfänger sie nunmehr annehmen würde, keine Schenkung des Beschwerten[1]).

c) Die Anwachsung

Wenn Mehrere durch ein Vermächtnis mit demselben Gegenstand bedacht sind, so sind sie als zu gleichen Teilen bedacht anzusehen, sofern der Erblasser über ihre Teilnahmsrechte nichts Näheres bestimmt hat, und teilen sich gemäss § 2187 in den vermachten Gegenstand, wie die Miterben (nach §§ 2089—2093) in die Erbschaft.

Doch ergibt sich für den Fall, dass einer (oder mehrere) von den Mitbedachten wegfällt, gemäss § 2158 als hauptsächlichste Besonderheit die hierbei eintretende Anwachsung.

Anwachsung nennt man den (anteilmässigen) Anfall des Anteils an einer Mehreren vermachten Sache, den ein wegfallender Mitvermächtnisnehmer erhalten haben würde, an die übrigen Mitvermächtnisnehmer, die zum Erwerbe gelangen[2]).

---

[1]) Mandorpf, S. 64.

[2]) Si eadem res duobus legata sit . . .; si alter deficiat quia aut

Die Anwachsung setzt voraus:

a) Dass der Erblasser mehrere auf denselben Gegenstand berufen hat, ohne in der letztwilligen Verfügung eine Realteilung vorzunehmen.

Wann eine Berufung Mehrerer auf denselben Gegenstand vorliegt, ist nach freier Willensauslegung des einzelnen Falles zu entscheiden[1]).

Eine Zuwendung eines und desselben Gegenstandes ist auch in dem Vermächtnis einer Forderung oder einer Menge vertretbarer Sachen zu erblicken[2]). Dies wurde vom ersten Entwurf des BGB (§ 1846) noch ausdrücklich hervorgehoben, doch von der zweiten Kommission als selbstverständlich oder doch entbehrlich gestrichen[3]).

b) Ferner wird zur Anwachsung gefordert, dass sie der Erblasser nicht ausgeschlossen hat.

Ein Ausschluss der Anwachsung ist in der Berufung eines Ersatzvermächtnisnehmers (§§ 2190, 2099) zu erblicken und zwar dargestellt, dass die Ersatzberufung dem Anwachsungsrecht vorgeht[4]). Ist kein Ersatzvermächtnisnehmer berufen und die Anwachsung gemäss § 2158 II ausgeschlossen, so kommt der Anteil des weggefallenen Bedachten dem Beschwerten zugute.

In der Bestimmung der Anteile der Bedachten seitens des Erblassers ist keineswegs ohne weiteres eine Aus-

---

spreverit legatum aut vivo testatore decesserit aut alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet (§ 8, J. 2, 20).

[1]) Vergl. Mot. V, S. 184.

Die römische Unterscheidung zwischen der conjunctim und disjunctim erfolgten Zuwendung (vergl. l. 1, § 11 C. de cad. toll. 6, 51) desselben Gegenstandes an Mehrere ist nach heutigem Recht belanglos. Vergl. Meischeider, S. 362 ff; Jörs, S. 249.

[2]) Vergl. Strohal I, S. 209, N. 26; Staudinger, §§ 2157/2159; Erl. 1; Recht 1916, Nr. 1552; a. M. Meischeider, S. 364 f.

[3]) Vergl. Prot. V, S. 163.

[4]) Peiser, S. 151 und Note 34.

schliessung des Anwachsungsrechts der Mitbedachten zu erkennen. Ist deshalb nur eine solche Bestimmung der einzelnen Anteile seitens des Erblassers ohne Realteilung erfolgt, findet gemäss § 2158 I, S. 2 Anwachsung statt[1]).

c) Endlich wird für den Eintritt der Anwachsung vorausgesetzt, dass einer der Kollegatare vor oder nach dem Erbfall wegfällt. Aus welchem Grunde der Wegfall des Mitbedachten erfolgt ist, ist für den Eintritt des Akkreszensrechtes der übrigen Vermächtnisnehmer gleichgültig. Dieser Wegfall eines Kollegatars kann also erfolgen durch den Tod[2]) desselben, oder durch die Unwirksamkeit seiner Berufung wegen Eintritts einer Resolutivbedingung oder durch Ausschlagung (§ 2180) oder durch Verzicht (§ 2352) oder durch Anfechtung wegen Unwürdigkeit (§ 2345).

Die Anwachsung hat zur Folge, dass der Anteil des Weggefallenen den übrigen Mitbedachten nach dem Verhältnis ihrer Anteile (nicht nach der Kopfzahl der mehreren Vermächtnisnehmern) anfällt (§ 2158 I, S. 1). Dies gilt auch für den Fall, dass der Erblasser die Anteile der Bedachten bestimmt hat (§ 2158 I, S. 2).

Sind mehrere der Bedachten auf denselben Anteil einer vermachten Sache berufen, so wächst gemäss § 2158 I, S. 1 der Anteil des weggefallenen Mitbedachten zunächst ihnen an, (sog. *engere Anwachsung*[3]).

---

[1]) Anders im gemeinen Recht, vergl. l. 11 D. 7, 2; Windscheid-Kipp III, § 644 n. B.

[2]) Hier nur vor dem Erbfall, bezw. dem Eintritt der susp. Bedingung. Stirbt der Vermächtnisnehmer nach dem Anfall des Vermächtnisses, so tritt keine Anwachsung ein, wenn nicht der Bedachte schon vorher ausgeschlagen hatte, bezw. dessen Erben ausschlagen.

[3]) Vergl. für das röm. Recht: 1, 34 pr. D. 30; vergl. Windscheid l. c.; vergl. auch Jörs, S. 249.

Der anwachsende Anteil eines wegfallenden Mitververmächtnisnehmers tritt den Anteilen der übrigen Vermächtnisnehmern hinzu und bildet mit diesen ein einheitliches Ganzes, so dass die Erklärung der Annahme oder Ausschlagung des ursprünglichen Vermächtnisanteils auch für den anwachsenden Anteil gilt (§§ 2180 und 1950[1]). Damit jedoch der Vermächtnisnehmer, der das ursprüngliche Vermächtnis nicht ausgeschlagen hat, nicht gehalten sei, eventuell Untervermächtnisse und Auflagen, welche dem anwachsenden Anteil anhaften, erfüllen zu müssen, gilt der anwachsende Anteil, der selbstverständlich cum onere anwächst (§ 2161), in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen, mit denen dieser anwachsende Anteil beschwert ist als besonderes Vermächtnis. Ebenso gilt umgekehrt das ursprüngliche Vermächtnis in Ansehung der dieses belastenden Vermächtnisse und Auflagen im Verhältnis zum anwachsenden Anteil als besonderes Vermächtnis (§ 2159[2]).

Nach Anfall des Vermächtnisses erfolgt die Anwachsung mit rückwirkender Kraft, d. h. der Anteil des weggefallenen Mitvermächtnisnehmers wächst dann auch den Erben des anwachsungsberechtigten Kollegators an. Das Anwachsungsrecht erlischt demzufolge nicht mit dem Tode des Anwachsungsberechtigten, sofern dieser den Anfall des ursprünglichen Vermächtnisanteils erlebt hat (§ 2180, 1953).

Von anwachsungsberechtigten Mitbegünstigten kann bei einer *Auflage*, die eventuell an mehrere bestimmte Empfänger zu leisten ist, schon deshalb nicht die Rede sein, weil die Auflageempfänger im Hinblick auf die Auflage überhaupt nicht Träger irgendwelcher subjektiven

[1]) Vergl. Strohal I, S. 210.

[2]) Vergl. § 2187 I und Planck, Bem. 3 und 4 zu § 2158.

Rechte sind. Doch dürfte für den (an sich recht unpraktischen) Fall, dass ein bestimmter Gegenstand an mehrere Auflageempfänger zu leisten ist, bei Wegfall des einen von ihnen eine den Regeln der Akkreszenz beim Vermächtnis entsprechende Verteilung der den Auflageempfängern zugedachten Vorteile aus der Auflageleistung wohl angebracht sein, da sie dem mutmasslichen Willen des Erblassers am ehesten gerecht werden würde.

7. Der Anspruch aus dem Vermächtnis und die Auflageverpflichtung

a) Der Vermächtnisanspruch

Das geltende bürgerliche Recht hat das Vermächtnis stets nur mit obligatorischer Wirkung ausgestattet, somit erwirbt der Bedachte durch den Vermächtnisanfall nur ein persönliches Forderungsrecht gegen den Beschwerten [1]).

Die Obligation aus dem Vermächtnis beruht nicht auf Vertrag, denn irgend eine Willenserklärung vonseiten des Beschwerten oder des Bedachten (etw. Annahmerklärung) ist nicht Voraussetzung der Entstehung des Vermächtnisanspruchs (Anfall [2]). Sie beruht aber auch nicht auf Gesetz, denn Legalobligation ist nur eine solche, bei der das Gesetz an bestimmte Tatsachen (ohne dass eine Willenserklärung der Verpflichteten vorliegt) eine obligatorische Wirkung knüpft. Der Anspruch aus dem Vermächtnis

---

[1]) In früheren Partikularrechten hat das Vindikationslegat des gemeinen Rechts vielfach Aufnahme gefunden, so A. L. R. § 2 88 I, 12. C. C. art. 1014 (unmittelbarer Erwerb der vermachten Spezies); Sächs. BGB. § 2451 (dinglich wirkendes Vermächtnis mit der Ausnahme, dass zum Uebergang des Eigentums oder eines dinglichen Rechtes an einem Grundstücke die Eintragung ins Hypothekenbuch erforderlich ist.

Vergl. Dernburg, Pr. P. R. § 144; Meischeider, S. 352.

[2]) Vergl. S. 109 der Arbeit.

beruht vielmehr lediglich auf der einseitigen Willenserklärung des Erblassers[1]).

Die Verbindlichkeit aus dem Vermächtnis ist eine Nachlassverbindlichkeit gemäss § 1967[2]). Ein Recht auf eine priviligierte Sicherung des Vermächtnisanspruchs, sei es ein gesetzliches Veräusserungsverbot oder ein gesetzliches Recht auf Bestellung einer Hypothek an Nachlassgrundstücken oder ein «beneficium separationis»[3]) ist dem Vermächtnisnehmer nicht gegeben[4]). Vielmehr steht die Nachlassverbindlichkeit aus einem Vermächtnis anderen Nachlassverbindlichkeiten im Range[5]) nach (vergl. §§ 1972 bis 1974, 1980, 1991, 1992, 2066).

Sie ist erst nach Tilgung aller übrigen Verbindlichkeiten so zu berichtigen, wie sie im Konkurs gemäss § 226 K. O. zur Berichtigung gelangen würde. Auch Pflichtteilsrechte haben vor Vermächtnissen den Vorrang (§§ 2306, 2318, 2322; K. O. § 225 II, IV). So kann ein Pflichtteilsrecht des Erben oder eine diesen treffende Pflichtteilslast zur Kürzung des Vermächtnisses führen.

Bei der Feststellung, ob der Nachlass überschuldet ist, werden Vermächtnisse (und auch Auflagen) nicht mitgerechnet (§ 1980). Der Vermächtnisnehmer ist somit auch nicht berechtigt, den Antrag auf Eröffnung des Nachlasskonkurses zu stellen.

Liegt ein Untervermächtnis vor, so erzeugt der An-

[1]) Vergl. Planck, § 2174, Erl. 3 a; Endemann III, I, S. 727.

[2]) Vergl. Haupt, S. 36.

[3]) So noch im Art. 87, Bay. A. G. z. Z. P. O.

[4]) Jedoch stehen dem Bedachten wie jedem Nachlassgläubiger die allgemeinen Sicherungsmittel des Arrestes und der einstweiligen Verfügung zu Gebote (§§ 885 BGB. 916 ff, 935 ff, 940 ff ZPO); vergl. Staudinger, § 2174, Erl. II; Strohal I, S. 225.

[5]) Das gilt in demselben Umfange auch für die Verpflichtung aus der Auflage, welche in der Regel (vergl. §§ 226, 230 KO.) noch hinter dem Vermächtnis rangiert.

spruch aus diesem natürlich keine Nachlassverbindlichkeit. Die besonderen für das Verhältnis zwischen dem Erstvermächtnisnehmer und den Erben geltenden Vorschriften finden hier auch keine Anwendung (vergl. Cosack II, 2, S. 463 ff). So hat z. B. die Forderung des Zweitvermächtnisnehmers im Konkurse des Erstvermächtnisnehmers mit den Forderungen der übrigen Konkursgläubigern gleichen Rang (vergl. auch Staudinger, § 2174 III).

Untereinander haben Vermächtnisse denselben Rang, doch kann der Erblasser anordnen, dass ein Vermächtnis den Vorrang vor den übrigen haben soll [1]) (2189).

Eine Beschränkung des Vermächtnisanspruchs dergestalt, dass ein Teil der Erbportion frei von Belastungen mit Vermächtnissen sein muss, und dass somit (etwa wie bei der lex Falcidia des röm. Rechts) Vermächtnisse, insoweit als sie diese freie Erbportion angreifen, verkürzt werden, gibt es im geltenden Recht nicht mehr. Die Vermächtnisse (Auflagen) können vielmehr den ganzen Nachlass ausschöpfen [2]).

Der Gerichtsstand für die Geltendmachung des Vermächtnisanspruchs ist nach § 27 ZPO. das Gericht, bei welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat.

Im Uebrigen gelten für die Erfüllung des Vermächtnisanspruchs die Vorschriften des allgemeinen Teils und des zweiten Teils des BGB [3]).

---

[1]) Das gilt in demselben Umfange auch für die Verpflichtung aus der Auflage.

[2]) Röm. Recht, vergl. S. 39 der Arbeit. Das Recht der falc Quart würde auch ins Bay. Landrecht (Cod. Max. Bav. civ. III, §§ 14, 15) aufgenommen, nicht aber ins pr. ALR. (vergl. aber Leonhard, § 2147 II c.).

Mot. V, S. 203.

Doch bleibt das Pflichtteilsrecht unberührt (vergl. § 2306).

[3]) Vergl. hierzu insbesondere Maretzki und Mot. V, S. 191.

Der Beschwerte hat somit Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 276). Bei Verzug und Eintritt der Rechtshängigkeit trifft ihn verschärfte Haftung (§§ 286 ff, 291, vergl. auch § 2184).

Der Erfüllungsort bestimmt sich gemäss §§ 269, 270. Schuldner des Vermächtnisses ist mit Erbfall der Beschwerte geworden, somit ist, soweit sich nicht aus den Umständen und der Absicht des Erblassers ergibt, dass der Wohnsitz des Erblassers Erfüllungsort sein sollte, der Wohnsitz des Beschwerten zur Zeit des Erbfalles Leistungsort [1]).

Hinsichtlich der Kosten der Erfüllung gibt das BGB keinerlei Bestimmung. Doch ergibt sich aus der Natur der Sache, dass wer die Leistung zu bewirken hat, auch dasjenige aufzuwenden hat, was zur Erfüllung der Leistung erforderlich ist [2]). Die Kosten der Uebersendung an einen andern Ort als den Erfüllungsort muss selbstverständlich der Empfänger tragen, das ergibt sich aus dem Begriff Erfüllungsort von selbst. Ebenso hat der Bedachte die Kosten der Abnahme zu tragen (vergl. § 448).

b) Die Klageberechtigung bei der Auflage

a) Personen

Da, wie im ersten Abschnitt vorliegender Arbeit schon ausführlich dargelegt wurde, die Auflage dem Auflageempfänger niemals ein subjektives Gläubigerrecht auf Leistung gewährt und ferner der «Auflageempfänger» überhaupt kein Rechtssubjekt zu sein braucht, musste das

[1]) Vergl. Strohal I, 225, Note 5; Maretzki, S. 31 ff; Planck, 2174, Erl. 3 a.

[2]) Vergleiche Motive V, S. 193; Staudinger, § 2174, Erl. IV; Planck, 2174, 3 a.

Gesetz bestimmten Personen das Recht einräumen, für den Auflageempfänger die auferlegte Leistung vom Beschwerten zu fordern, und des weiteren an die (schuldhafte) Nichterfüllung des erblasserlichen Willens bestimmte Nachteile knüpfen, damit die letztwillige Auflage nicht zum rechtlich unbeachtlichen nudum præceptum werde.

Das BGB hat den Kreis der Personen, die die Vollziehung der Auflage verlangen können, in § 2194 umschrieben und ihn dadurch, dass es demjenigen, dem der Wegfall des Beschwerten unmittelbar zu statten kommt, ein Recht auf Vollziehung eingeräumt hat, etwas weiter gezogen als es das gemeine Recht getan hat[1]).

a) Die Befugnis, die Vollziehung der Auflage zu verlangen, steht gemäss § 2194 zu:

1. Dem Erben (natürlich soweit er nicht selbst Beschwerter ist), dem Miterben und dem, dem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar[2]) zustatten[3]) kommt. Dies sind der Ersatzerbe, gemäss § 2102, 1 auch der Nacherbe. Ferner bei Beschwerung eines eingesetzten Alleinerben, oder bei gemeinschaftlicher Beschwerung der eingesetzten Miterben, die Intestaterben, bezw. die zunächst berufenen Intestaterben. Ist ein Vermächtnisnehmer mit der Auflage beschwert, so ist der Ersatzberufene oder der anwachsungsberechtigte Collegatar, bezw. der mit dem Vermächtnis beschwerte Erbe oder der mit dem Untervermächtnis beschwerte Vermächtnisnehmer befugt, die Vollziehung der Auflage zu fordern.

---

[1]) Vergl. hierzu Mot. V, S. 215.

[2]) Das Wort «unmittelbar» wurde von der II. Kommission eingefügt. Ueber die sich hieraus ergebende Möglichkeit der Kollusion vergl. Strohal, § 38, Nr. 23; ferner Schultze, a. a. O., S. 95; Planck, Anm. 2 c, § 2194.

[3]) Dies ist im rein rechtlichen, nicht im ökonomischen Sinne zu verstehen. Vergl. Staudinger, § 2194, Bem. 2; Mot. V, S. 190.

Der Pflichtteilsberechtigte als solcher kann die Vollziehung der Auflage nicht verlangen. Bei den Beratungen der zweiten Kommission wurde mit Recht darauf hingewiesen, «dass es dem Willen des Erblassers schwerlich entspräche, Personen, die er von der Erbfolge ausgeschlossen habe, gewissermassen zu Vollstreckern des letzten Willens zu machen» [1]).

2. Ferner kann die Behörde die Vollziehung der Auflage verlangen, wenn diese im öffentlichen Interesse liegt. Der Klageanspruch der zuständigen [2]) Behörde ist wie der der übrigen Klageberechtigten nur ein privatrechtlicher. Die Behörde hat den Nachweis zu führen, dass die Vollziehung im öffentlichen Interesse liegt. Ob der Erblasser bei Errichtung der Auflage auch selbst tatsächlich das öffentliche Interesse mittelbar oder unmittelbar zu fördern beabsichtigte, ist gleichgültig.

3. Endlich hat der Testamentsvollstrecker [3]) das Recht, die Vollziehung der Auflage zu fordern. Diese Befugnis ist in § 2194 zwar nicht ausdrücklich aufgenommen, ergibt sich aber schon aus der dem Testamentsvollstrecker durch das Gesetz verliehene Ermächtigung (vergl. §§ 2203, 2208 II, 2223) «die letztwilligen Verfügungen des Testators zur Ausführung zu bringen». Wenn der Testamentsvollstrecker das Recht hat, die Auflage selbst zu vollziehen, so hat er doch unzweifelhaft auch das Recht, die

---

[1]) Vergl. auch Meischeider, S. 441, N. 1; Prot. V, S 215; Strohal, S. 263, 20.

[2]) Die Zuständigkeit bestimmt sich nach Landesrecht, vergleiche Staudinger, 2194, 2 B.

[3]) Vergl. Meischeider, S. 442; Planck, § 2203, 7; a. M. nur Eichhorn, 1. Aufl. Bem. zu § 2194, welcher daraus, dass eine solche ausdrückliche Bestimmung des I. Entwurfes gestrichen wurde, glaubt annehmen zu dürfen, dass nunmehr eine solche Befugnis des Testamentsvollstreckers nicht vom Gesetz gewollt sei.

Vollziehung derselben vom Erben zu verlangen. Dies Recht muss ihm aber auch dann zugestanden werden, wenn er gemäss §§ 2207, 2223 nur eine überwachende und beaufsichtigende Stellung einnimmt. Er hat auch dann das erblasserliche Interesse an der Durchführung des letzten Willens zu vertreten und ist verpflichtet, die Durchführung der Verfügungen des Erblassers in ihrem ganzen Umfange auch vor Gericht vom Erben zu verlangen[1]).

Ist eine Auflage in einem Erbvertrage angeordnet, so haben auch hier nur die im § 2194 aufgezählten Personen (und der Testamentsvollstrecker), nicht aber der Vertragsgegner das Recht, die Vollziehung der Auflage zu erlangen. Dies Recht hat der Vertragsgegner[2]) als solcher selbst dann nicht, wenn er an der Vollziehung der Auflage ein Interesse hat.

b) Der rechtliche Charakter des Vollziehungsanspruchs

Die Frage, wie die den in § 2194 aufgezählten Personen gegebene Befugnis rechtlich zu beurteilen sei, ist in der erbrechtlichen Literatur sehr umstritten. Wir begegnen hier einer ganz eigentümlichen Regelung, dass nämlich eine Verpflichtung zur Leistung besteht, auf Grund welcher zwar nicht der Leistungsempfänger, wohl aber andere Personen, an welche nicht zu leisten ist, die Vollziehung der Leistung verlangen können. Die Inhaber des Auflageanspruchs sind selbst von der Leistung wirtschaftlich nicht interessiert, sondern haben ihre Berechtigung im Interesse der Auflageberechtigten oder im Interesse des Erblassers, der die Auflage angeordnet hat. Nach den

[1]) Vergl. Dernburg V, 246 III.

[2]) D. h. insoweit er nicht zu den nach § 2194 berechtigten Personen gehört.

Motiven[1]), denen sich Staudinger[2]) anschliesst, hat die Befugnis, die Vollziehung einer Auflage zu fordern, «einen mehr formalen Charakter», ist aber immerhin ein «Forderungsrecht», auf welches die allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse mit Ausnahme derjenigen Bestimmungen, welche ein vermögensrechtliches Interesse des Berechtigten voraussetzen, Anwendung finden.

Wenn dem auch beizustimmen ist, so ist durch diese etwas farblose Umschreibung doch noch keine befriedigende Antwort auf die Frage nach der rechtlichen Natur des Auflageanspruchs gegeben[3]).

Schultze[4]) definiert den Auflageanspruch, indem er auf das altgermanische Institut der Treuhänderschaft zurückgreift, als *Treuhandforderungsrecht* mit bloss obligatorischer Befugnis. Die in § 2194 genannten Personen seien Treuhänder, Träger einer schuldrechtlichen Berechtigung in fremdem Interesse und echte Gläubiger eines Forderungsrechtes (vergl. «fordern» in § 219 1 K. O.), das in ihre treue Hand gelegt sei[5]).

Wenn auch zugegeben ist, dass das Amt des Testamentsvollstreckers und die diesem ähnliche Befugnis des «Auflageberechtigten» ihre eigentliche Wurzel in der altgermanischen Treuhand haben, so ist doch darauf hinzu-

[1]) Mot. V, S. 215.

[2]) Bem. I, 3 zu § 2194; ähnlich auch Planck, § 2194, Bem. I; vergl. auch Dernburg V, S. 245; Endemann III, II, § 97, N. 6. So auch wohl Frommhold, der von «formalem Erfüllungszwang» spricht: Bem. I zu § 7194.

[3]) Cosack II, 2, S. 471 glaubt der Anspruch aus der Auflage sei «nicht vermögens- sondern personenrechtlicher (!) Natur». Eine nähere Begründung hierfür wird nicht gegeben. Vergl. hierzu auch Dernburg V, S. 246.

[4]) In Iherings Jahrbüchern, Bd. 43, S. 90; so auch Dalberg in L. Z. 1915, Sp. 411.

[5]) So auch Müller, S. 21 ff.

weisen, dass bei den Personen des § 2194 nicht der Erblasser, sondern das Gesetz den Anspruch auf Vollziehung gewährt; dass also hier (was der Bestellung der Treuhand doch wesentlich ist) ein «Treugeber», welcher das Recht durch Rechtsakt dem Treuhänder verleiht, nicht vorhanden ist. Es wäre hier also eine «gesetzliche Treuhand» anzunehmen, welche ohne den Willen des Erblassers (und vielleicht sogar gegen den Willen desselben[1]), man denke an den Fall, dass die Befugnis aus § 2194 jedem zusteht, dem der Wegfall des Beschwerten unmittelbar zugute kommt; also z. B. dem durch Erbeinsetzung ausgeschlossenen Intestaterben, welchen der Erblasser doch wohl nicht als Treuhänder betraut hätte, zustande kommt. Eine solche gesetzliche, vom Erblasser nicht gewollte «Treuhand» dürfte dem Wesen der Treuhand doch wohl widersprechen. Die Personen des § 2194 sind zunächst immer im Interesse der Durchführung des erblasserlichen Willens und niemals unmittelbar im eigenen Interesse von Gesetzeswegen befugt, die Vollziehung der Auflage zu verlangen. Man könnte deshalb mit Dernburg[2]) (welcher allerdings auch von einer «Treuhand» spricht) das Recht aus § 2194 als ein *«gesetzlich»* zugeteiltes Recht der Testamentsvollstreckung beschränkten Inhalts bezeichnen und die Ausübung dieser Befugnis als (auch § 2202) Ausübung einer Art «Amt» auffassen, wobei jedoch zu betonen ist, dass eine Rechtspflicht zur Ausübung dieses Amtes und eine Verantwortung wegen nicht Ausübung nicht gegeben ist und dass ferner wenigstens mittelbar für die Personen des § 2194 ein materielles Interesse vorhanden sein kann[3]).

[1]) Vergl. hierzu insbesondere Kliebert, S. 101 ff.

[2]) BR. V, S. 246.

[3]) Vergleiche auch Kliebert, S. 102, welcher betont, da s auch materielle Interesse gegen die Annahme einer Treuhand spricht.

Ob man nun annimmt, dass das Recht aus § 2194 ein lediglich formales Forderunsrecht sei, oder ob man es als echtes treuhänderisches Forderungsrecht auffassen will, die rechtlichen Folgerungen bleiben in beiden Fällen dieselben. Das Recht aus § 2174 ist eine Ausnahmeschöpfung des BGB, welche sich aus der rechtlichen Eigenart der letztwilligen Auflage ergab. Ob man für dieses «Forderungsrecht», welches weder zediert noch gepfändet werden kann, überhaupt kein «Vermögen» des Betreffenden ist und über welches vom Betreffenden nicht materiell [1]) verfügt werden kann, noch den Ausdruck Forderungsrecht verwenden soll oder nicht, ist eigentlich nichts anderes als ein Wortstreit [2]) darüber, wie weit der Begriff «Forderungsrecht» zu fassen ist.

Jeder der in § 2194 genannten Personen kann klagen. Die Klage des einen schliesst die Klage des andern nicht aus. Nach Vollziehung der Auflage erlöschen alle Klagerechte. Die Klage erfolgt auf eigenes Risiko, d. h. bei eventuellem Verlust des Prozesses hat der Klageberechtigte die Kosten zu tragen [3]).

Der Passivbeteiligte aus § 2194, der Auflageschuldner, ist wirklicher Schuldner. Auf ihn finden alle Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse ohne weiteres Anwendung. Er hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, er kann in Verzug geraten und haftet für verschuldete Unmöglichkeit (vergl. weiter unten S. 131). Besteht die Auflage nicht in einer nur vom Beschwerten persönlich vorzunehmenden Leistung, geht die Leistungspflicht natürlich auch auf den Erben des Beschwerten über.

[1]) D. h. der Träger des Auflageanspruchs kann die Auflageschuld nicht etwa erlassen, nicht etwa aufrechnen und so den Schuldner materiell befreien.

[2]) So auch Strohal I, S.

[3]) Vergl. Dernburg, S. 247; Mot. V, S. 214.

Im Uebrigen ist die Verbindlichkeit aus der Auflage Nachlassverbindlichkeit gemäss § 1967 und unterliegt als solche derselben Regelung wie die Vermächtnisschuld (vergl. S. 121 f d. Arb.). Im Range gehen der Auflage alle anderen Nachlassverbindlichkeiten, in der Regel auch noch das Vermächtnis (vergl. K. O., §§ 226, 230), vor.

c) Der Rückforderungsanspruch

Die Auflage ist eine auf die Zuwendung gelegte Last. Die Zuwendung sollte nach dem Willen des Erblassers durch die Auflage beschränkt und um die Kosten der Auflage vermindert sein. Wird nun die Auflage durch den Bedachten vereitelt, so tritt die von dem Erblasser gewollte Minderung nicht ein und Bedachte erfährt eine ungerechtfertigte Bereicherung [1]).

Aus dieser Erwägung heraus und ferner angesichts der Schwierigkeiten, welche sich bei der Anwendung des allgemeinen obligationenrechtlichen Regelung der §§ 275 bis 282 ergeben würden (da eine Leistung des Interesses nicht in Frage kommen kann und ferner eine Anwendung des Prinzips des § 281 (Surrogation) nur sehr selten sich ermöglichen lässt, wurde von der zweiten Kommission der heutige § 2196 eingefügt, wonach, wenn die Vollziehung der Auflage infolge eines von dem Beschwerten zu vertretenden Umstandes (§§ 275 ff) unmöglich wird, dasjenige, was zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen, vom Beschwerten an denjenigen, dem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten kommen würde, herauszugeben ist.

---

[1]) Für die im röm. Recht gegebene condictio causa data causa non secuta vergl. S. 47 der Arbeit

Vergl. a. ALR I, 12, §§ 510/513; Sächs. BGB, § 2152; Mot. V, S. 216 I.

Jedoch ist zu bemerken, dass diese Gesetzesvorschrift als Dispositivnorm nur dann gilt, wenn sich aus dem erblasserlichen Willen kein anderes ergibt, vor allem, wenn sich die «Auflage» nicht etwa als «nudum præceptum» darstellen sollte. Nur für diesen Fall, dass es nämlich an einem erkennbaren Willen des Erblassers fehle, hat die zweite Kommission die Aufstellung dieses aus dem vermutlichen Willen des Erblassers geschöpften Rechtssatzes für nötig gehalten [1]).

Dieselbe condictio ist ferner gegeben, wenn der Beschwerte zur Vollziehung einer Auflage, die nicht durch einen Dritten vollzogen werden kann, rechtskräftig verurteilt worden ist und die zulässigen Zwangsmittel erfolglos gegen ihn angewendet worden sind (§ 2196 II und vergl. §§ 888, 890, 891 ZPO.[2]).

Von Bedeutung ist diese Vorschrift vor allen bei Auflagen, deren Vollziehung mit so hohen Aufwendungen verbunden ist, dass der Beschwerte leicht die Duldung der betreffenden Zwangsmittel vorziehen würde.

Crome[3]) nennt diese Regelung «eine eigentümlich beschränkte condictio ob causam datorum». Ob die Beschränkung der condictio auf den Gegenwert der Leistung eine glückliche Neuerung des bürgerlichen Rechts ist, scheint im Hinblick auf alle die Fälle, in denen die Leistung keinen Vermögenswert hat oder der Wert rechnerisch nicht erfasst werden kann, zumindest zweifelhaft, da es für den Verpflichteten ein «recht ungefährliches Spiel» ist, Auflagen, die in rein persönlichen Leistungen bestehen, unerfüllt zu lassen[4]).

[1]) Vergl. Planck 2196 II a; Staudinger ib. I; Mot. V, S. 216 ff; Prot. V, S. 246 ff; OLG. 12, S. 853.

[2]) Kipp, bürg. Recht, § 114, Nr. IV und V.

[3]) Partiarische Rechtsgeschäfte, S. 533.

[4]) Anderseits ist aber wieder zu bedenken, dass der Erblasser

Klageberechtigt ist nur derjenige, dem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten kommen würde. Hier ist der Kreis der Klageberechtigten somit viel enger als bei der Erfüllungsklage des § 2194. Auch der Testamentsvollstrecker ist hier nicht klageberechtigt [1]).

Der Beschwerte haftet nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff). Der Rückforderungsanspruch ist somit ausgeschlossen, wenn der gutgläubige Auflagebeschwerte durch die Zuwendung nicht mehr bereichert ist (§ 818 III).

---

vielfach auch trotz schuldhafter Nichtvollziehung der Auflage doch noch nicht die strenge Strafe, Entziehung der gesamten Zuwendung, gewollt haben würde; vergl. auch Bœhm, S. 178.

[1]) Vergl. Strohal I, § 38, Note 28.

Literaturverzeichnis

v. Amira: Grundriss des germanischen Rechts, Strassburg 1913.

v. Amira: Nordgermanisches Obligationenrecht. I. II., Leipzig 1882.

Arndts: Vermächtnis in Glücks Pandektenkommentar, Bd. 46 ff., Erlangen 1869.

Bartsch: Seelgerätstiftungen im 14. Jahrh. i. Festschrift für v. Amira 1908.

Bartz, O: Das Untervermächtnis nach B. G. B. Diss. Leipzig, 1910.

Beeg, A: Die Auflage nach gem. Recht und BGB. Diss. Greifswald, 1903.

Bekker: System des heutigen Pandektenrechts, 1889.

Berthold: Die erbrechtliche Auflage, Diss., Leipzig 1909.

Beseler: Die Lehre von den Erbverträgen, Göttingen 1835/40.

Binder: Die Rechtsstellung des Erben, Leipzig 1901.

Binder: Deutsches Erbrecht, Berlin, 2. Aufl., 1929.

Boehm: Das Erbrecht des bürgerlichen Gesetzbuches, Hannover 1900.

Brinz: Pandekten, Erlangen 1873/92.

Bruck: Totenteil und Seelgeräthe im griechischen Recht, München 1926.

Brückner: Vermächtniserwerb nach gem. Recht und B. G. B. Diss. Rostock 1901.

Brunner: Deutsche Rechtsgeschichte. In Holtzendorffs Enzykl. Leipzig 1915.

Cosack: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Bd. II, Abt. 2, Jena 1924.

Costa: Cicerone giure consulto, Bologna 1927.

Crome: System des bürgerl. Rechts, Bd. V. Tübingen 1912.

Crome: Partiarische Rechtsgeschäfte. Freiburg 1897.

Dernburg: Deutsches Erbrecht. Bürgerl. Recht, Bd. V. Halle 1911.

Dernburg: Pandekten, Berlin 1884—1887.

Ehrenzweig: Die Schenkung auf den Todesfall. Festschrift der Jahrhundertfeier f. d. ABGB. II, Wien 1911.

Eichhorn-Goldmann: Das Testament. Berlin 1910.

Endemann: Lehrbuch des bürgerl. Rechts III. Erbrecht Berlin, 1923.

Endemann: Grundriss des Erbrechts. Leipzig 1921.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Erbrecht. Marburg 1927.

Feigel: Die Auflage nach BGB. Diss. Erlangen 1898.

Fein: Das Recht der Codizille i. Glücks Pandektenkommentar Bd. 44, 45. — 1851.
Fipper: Das Beispruchsrecht. Gierkes Untersuchungen, Bd. 3, 1879
Frommhold: Kommentar zum Erbrecht. Berlin 1899.
Gierke: Deutsches Privatrecht i. Holtzend. Enc. I. Berlin 1914.
Gierke: Der Entwurf eines BGB u. das deutsche Recht. Leipzig 1889.
Gottbehüt: Die erbrechtliche Auflage, Diss. Jena 1903.
Grœner: Das Erbrecht. Berlin 1928.
Hachenburg: Studien zum Erbrecht.
Haupt: Die Ansprüche des Vermächtnisnehmers, Diss. Greifswald 1910.
Heilfron: Deutsches Recht. Mannheim 1921.
Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts, Leipzig 1886.
Herzfelder: Erbrecht in Staudingers Kommentar, Bd. V, Berlin 1928.
Holthœfer: Das Klagerecht aus der Auflage bei letztwilligen Verfügungen, Diss. Heidelberg 1912.
Hölder: Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts.
Huber, E.: System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts. Basel 1889.
Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts. Leipzig 1913.
Hübner: Die donationes post obitum. Gierkes Untersuchungen, Bd. 26.
Jörs: Geschichte i. System des römischen Privatrechts, Leipzig 1927.
Karlowa: Römische Rechtsgeschichte II. 1901.
Kempe: Die letztwillige Auflage des BGB. Diss. Leipzig 1907.
Kipp: Erlanger Festschrift 1901. Wie kann noch das bürgerliche Recht mit Vermächtnissen beschwert werden?
Klineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen im BGB. Diss. Jena 1900.
Kliebert: Die Auflage. Diss. Würzburg 1907.
Kappen: Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts. Würzburg 1895.
Kohler: Bürgerliches Recht in Holtzendorff's Encycl. Berlin 1915.
Kohler: Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte, ebda
Kögler: Seelrecht und Pönfall in Salzburg u. Tirol. Festschrift f. Brunner 1910.
König: Wem kann nach BGB eine Auflage durch Verfügung von Todeswegen gemacht werden? Diss. Rostock 1906.
Kuetgens: Das Vorausvermächtnis nach BGB. Diss. Leipzig 1913.
Kuhlenbeck, L.: Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1898.
Kübler, B.: Geschichte des römischen Rechts. Leipzig 1928.

Kretzschmar: Erbrecht des deutschen BGB. Leipzig 1910.
Leonhard, Frz.: Kommentar zum Erbrecht, Berlin 1912.
Leonhard: Allgemeines Schuldrecht, München und Leipzig 1929.
Leske: Vergleichende Darstellung d. BGB und des preuss. A. L. R. Erbrecht, Berlin 1903.
Loening, Edgar: Geschichte des Kirchenrechts I, 1878.
Loening, Otto: Das Testament im Gebiete des Magdeburger Stadtrechts, i. Gierkes Unters., Bd. 82.
Manthey: Zur Haftung des Miterben für ein gemeinschaftliches Vermächtnis. Bd. 52 der Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts s. 396 ff.
Mandorpf: Vermächtnis u. Auflage nach BGB. Diss. Rostock 1904.
Maretzki: Die Anwendung der allgemeinen Vorschriften des BGB auf den Vermächtnisanspruch. Diss. Heidelberg 1909.
v. Mayr: Römische Rechtsgeschichte. Leipzig 1912/1913.
Meischeider, E: Die letztwilligen Verfügungen nach BGB. Leipzig 1899.
Meyer-Homburg: Die fränkischen Volksrechte im Mittelalter I. Weimar 1912.
Motive zum BGB.
Müller: Die Auflage im Erbrecht. Diss. Leipzig 1905.
Nobe: Wer kann nach dem BGB mit Vermächtnissen beschwert werden? Diss. Leipzig 1907.
Oertmann: Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. Leipzig 1922.
Pappenheim: Launegild und Garethinx. Gierkes Unters. Bd. 14.
Peiser: Handbuch des Testamentsrechts, Berlin 1902.
Pernice: Labeo., Halle 1873, 1892.
Planck: Kommentar zum BGB d. Erbrecht. Leipzig 1924.
Planitz: Grundzüge des deutschen Privatrechts, Berlin 1925.
Protokolle: Bd. II und V.
RGR. Kommentar, Bd. V, Erbrecht. Leipzig 1928.
Salkowsky: Vermächtnise i. Glücks Pandekten-Kommentar, Bd. 49. Erlangen 1889.
Saucke: Die Vollziehung der Auflage. Diss. Rostock 1903.
Schiffner: Pflichtteil, Erbenausgleichung und die sonstigen gesetzlichen Vermächtnisse. 1897.
Schröder: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, Leipzig 1907.
Schultze: Longobardische Treuhand in Gierkes Unters. Bd. 49.
v. Schwerin: Grundzüge des deutschen Privatrechts, Leipzig 1919.

Sgaslik: Die Auflage. Diss. Breslau 1906.
Soergel: Kommentar zum BGB. I. II. Stuttgart 1929.
Sohm-Miteis-Wenger: Institutionen, Geschichte und System des römischen Rechts, Aachen 1926.
Staub-Bondi. Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Leipzig 1926.
Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts, Berlin 1885.
Strobel: Das deutsche Erbrecht, Berlin 1904.
Warneyer: Kommentar zum BGB. Tübingen 1927.
Wertheim: Die Haftung des Vermächtnisbeschwerten Diss. Greifswald 1918.
Windscheid-Kipp: Pandekten, Frankfurt 1906.

Zeitschriften

Archiv für bürgerl. Recht (Arch. b. R.)
Archiv für zivilistisohe Praxis (Arch. ziv. Prax.)
Deutsche Juristenzeitung (D. J. Z.)
Iherings Jahrbücher (Ih. Jahrb.)
Juristische Wochenschrift (J. W.)
Leipziger Zeitschrift (L. Z.)
Zeitschrift für Rechtsgeschichte (Z. R. G.)
Zeitschrift der Savignystiftung (Z. S. St.)
Germanistische Abteilung (G. A.)
Romanistische Abteilung (R. A.)
Kanonistische Abteilung (K. A.)
Grüchots Beiträge (Grüch. Beitr.)
Monatsschrift für Handelsrecht (M. f. H. R.)
Deutsche Literaturzeitung.

Entscheidungen

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen: (RG. Z.)
Entscheidungen der Oberlandesgerichte (OLG.)
Entscheidungen des bayerischen obersten Landesgerichts (B. ob. LG.)
Sörgel Rechtssprechung: (Sörg. Rspr.)
Seufferts Archiv: (Seuff. Arch.)
Das Recht: (Recht)

Inhaltsübersicht

	Seite
I. Wesen und Inhalt von Vermächtnis und Auflage	1—16
1. Einleitung	1—2
2. Das Vermächtnis	2—8
3. Die Auflage	8—13
4. Die wesentlichen begrifflichen Unterschiede zwischen Vermächtnis und Auflage	13—17
II. Ueberblick über die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Vermächtnisses und der letztwilligen Auflage	17—49
1. Vorbemerkung	17
2. Die Entwicklung des Vermächtnisrechts im deutschen Privatrecht vor der Rezeption	18—37
a) Uebersicht über die erbrechtliche Entwicklung im allgemeinen	18—31
b) Die letztwilligen Verfügungen des Mittelalters und ihre Durchführung	31—34
c) Die Auflage bei den Seelgeräthen	34—37
3. Vermächtnis und Auflage seit der Rezeption	37—50
a) Rückblick auf das römische Recht	37—47
a) Legate und Fideikommisse	37—45
b) Der Modus bei letztwilligen Verfügungen	45—47
b) Das gemeine Recht	47—49
III. Vermächtnis und Auflage nach BGB	49—133
1. Errichtung und Personen	49—62
a) Errichtung	49—51
b) Personen	51—62
a) Im Allgemeinen	51
b) Der Beschwerte	51—58
c) Der Bedachte	58—62
2. Gegenstand von Vermächtnis und Auflage	62—85
a) Im Allgemeinen	62—67
a) Der Vermächtnisgegenstand	62—65
b) Der Gegenstand der Auflageleistung	65—67
b) Vermächtnisse und Auflagen der in den §§ 2145 bis 2156 bezeichneten Art	67—73
a) Wahlvermächtnis und Wahlauflage	67—68
b) Gattungsvermächtnis und Gattungsauflage	68—72
c) Zweckvermächtnis und Zweckauflage	72—73

	Seite
c) Vermächtnis und Auflagen besonderen Inhalts	73—85
a) Das Befreiungsvermächtnis	74–75
b) Das Schuldvermächtnis	75–77
c) Vermächtnis von Rechten	77–81
a) Vermächtnis einer Forderung	77–80
b) Vermächtnisse dinglicher Rechte	80—81
a') Vermächtnis eines bestehenden dinglichen Rechts an einer fremden Sache	80—81
b') Vermächtnis eines zu schaffenden dinglichen Rechts	81
d) Vermächtnis einer Erbschaft	81—83
a) Vermächtnis einer dem Erblasser angefallenen Erbschaft	81—83
b) Vermächtnis der Erbschaft eines noch lebenden Dritten	83
e) Vermächtnis eines Handelsgeschäfts	83—85
3. Vorausvermächtnis, Teilungsanordnung und Auflage	85–94
4. Die gesetzlichen Vermächtnisse und die sogenannten «gesetzlichen Auflagen»	94—101
a) Die gesetzlichen Vermächtnisse	94—100
a) Der Voraus	97—98
b) Der Dreissigste	98—100
b) Die «gesetzlichen Auflagen»	100—101
5. Schranken der Wirksamkeit von Vermächtnis und Auflage	101—109
6. Erwerb von Vermächtnis und Auflage	109—121
a) Anfall und Fälligkeit	109—114
b) Annahme und Ausschlagung	114—117
c) Die Anwachsung	117—121
7. Der Anspruch aus dem Vermächtnis und die Auflageverpflichtung	121—133
a) Der Vermächtnisanspruch	121–124
b) Die Klageberechtigung bei der Auflage	124—133
a) Personen	124—127
b) Der rechtliche Charakter des Vollziehungsanspruchs	127—131
c) Der Rückforderungsanspruch	131—133